

# VU Research Portal

## Karakter en geschiedenis der iudicia bonae fidei

Zevenbergen, C.

1920

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Zevenbergen, C. (1920). *Karakter en geschiedenis der iudicia bonae fidei*.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

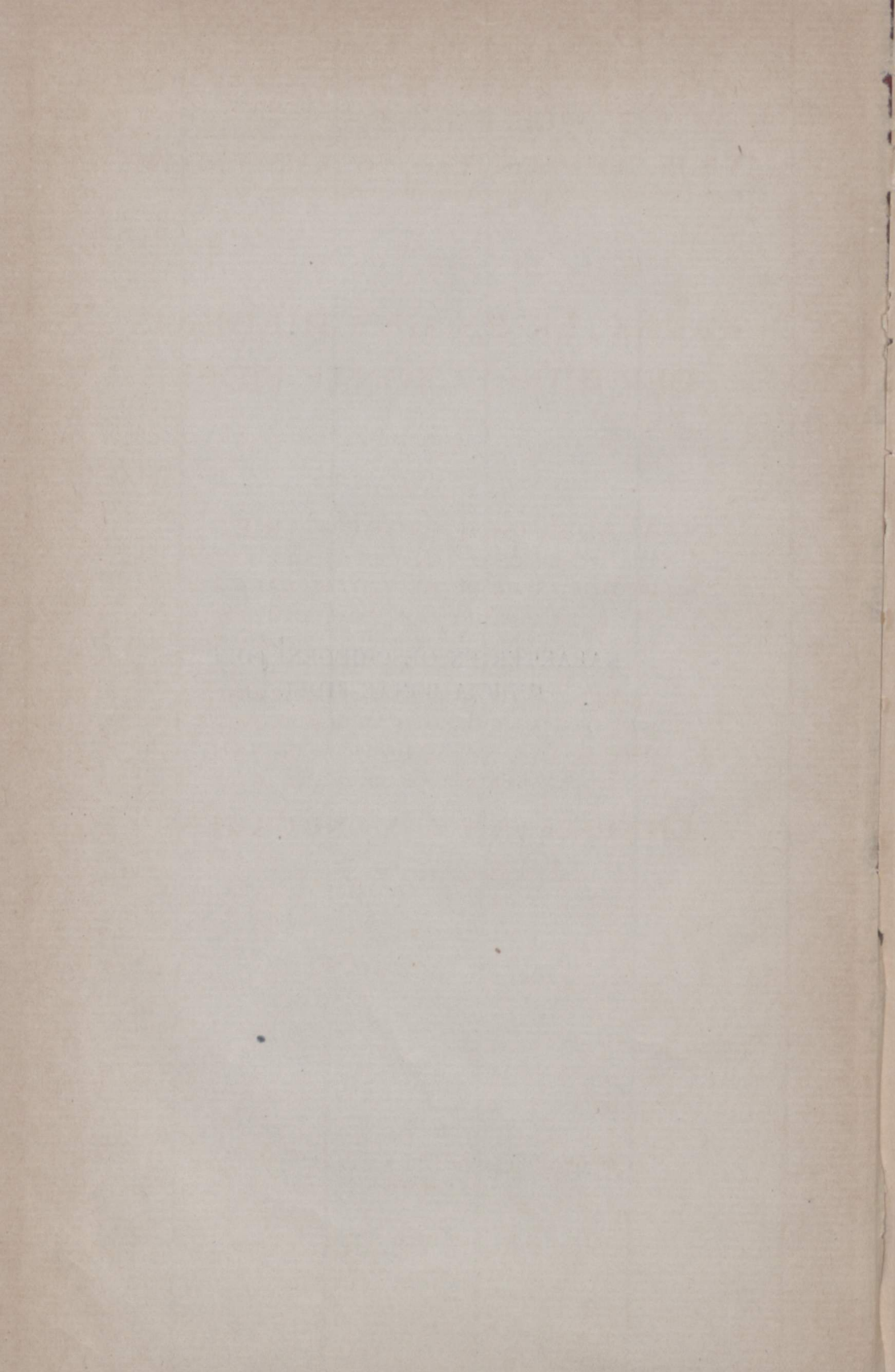
### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)





KARAKTER EN GESCHIEDENIS DER  
IUDICIA BONAE FIDEL.



VRIJE UNIVERSITEIT TE AMSTERDAM

.....

KARAKTER EN GESCHIEDENIS  
DER IUDICIA BONAE FIDEI



ACADEMISCH PROEFSCHRIFT  
TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN  
DOCTOR IN DE RECHSTWETENSCHAP OP  
GEZAG VAN DEN RECTOR Dr. H. H. KUYPER  
& HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER &  
GODGELEERDHEID, IN HET OPENBAAR TE  
VERDEDIGEN OP WOENSDAG 29 SEPTEMBER  
1920, DES NAMIDDAGS TE 3 UUR, IN HET  
GEBOUW DER MAATSCHAPPIJ VOOR DEN  
& & WERKENDEN STAND, DOOR & &

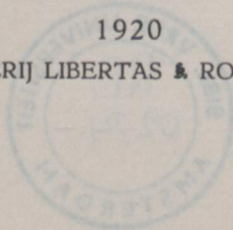
**CHRISTIAAN ZEVENBERGEN**

GEBOREN TE PUTTERSHOEK.



1920

DRUKKERIJ LIBERTAS & ROTTERDAM





VRIJE UNIVERSITEIT TE AMSTERDAM

KARAKTER EN GESCHIEDENIS  
DER IUDICIA BONAE FIDEL

1844

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT  
TER VERRIJNING VAN DEN GRAAD VAN  
DOCTOR IN DE RECHTEN  
GEGEVEN VAN DEN RECHTER  
A HOOGGERAAT IN  
GONDELINGEN  
VERBODEN OF WOL  
1840 DES KONINGEN  
GEMINW DEN RECHTER  
A WERKENDE STAND DOOR A



CHRISTIAAN ZEVENBERG

GEBOREN TE NUTTER

1844



AAN MIJN OUDERS.

AAN MIJN VERLOOFDE.







## STELLINGEN.



### I.

Tot de iudicia bonae fidei mogen alleen gerekend worden die acties, die een formula hebben met de clause ex fide bona of daarmee gelijkstaande uitdrukking. Noch *l. 1 § 23 D. XVI, 3*, noch *§ 28 Inst. IV, 6* kan als bewijs voor het tegendeel worden aangevoerd.

### II.

Ten onrechte beweert Levy (Zur Lehre von den sogenannten actiones arbitrariae, in het Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt., XXXVI, bl. 1 vlg.), dat de actiones commodati en pigneraticia als iudicia bonae fidei in het klassiek-romeinsche recht niet bestonden.

### III.

Het klassiek-romeinsche recht kende slechts exceptiones praetoriae. Een onderscheiding in exceptiones civiles en exceptiones praetoriae steunt niet op de bronnen.

### IV.

In de procedure, bedoeld in art. 25 F. W., behoeft het O. M. niet te worden gehoord.

## V.

Art. 4, 6° W. v. B. R. v. ziet niet alleen op de schuld-eischers van den overledene, maar ook op de legatarissen.

## VI.

De uitdrukking „handelingen” in art. 4, 3° W. v. K. omvat niet alleen overeenkomsten, maar ook andere handelingen; zoowel onrechtmatige als rechtmatige.

## VII.

Het beding, gemaakt in strijd met art. 197 B. W., is nietig.

## VIII.

Het arrest van het Hof te Arnhem (18 Maart 1913, W. 9451), waarbij beslist werd, dat de omschrijving, bedoeld in art. 205 B.W., geen bewijs oplevert van den aanbreng der goederen, doch slechts van de verklaring te zullen aanbrengen, steunt op een onjuiste opvatting van de bewijskracht eener akte.

## IX.

Ten onrechte betoogt Mr. Stuycken, (Het Bestuur der Buitenlandsche Betrekkingen, bl. 9, vlg.), dat art. 57 G.W. bevat een algemeene omschrijving van de koninklijke macht voor buitenlandsche zaken, naast art. 55 G.W., dat, volgens hem, een algemeene omschrijving van de koninklijke macht voor binnenlandsche zaken inhoudt.

## X.

Een gemeente-ontvanger kan hem, die een belasting-schuld voor een ander betaalt, niet subrogeeren in de rechten van de gemeente tegenover dien belasting-schuldige.



## XI.

Het misdrijf van meineed is voltooid, zoodra het verhoor, bedoeld in art. 163, al. 3 j<sup>o</sup> art. 169 W. v. Strafv., heeft plaats gehad, al mocht daarna de getuige uit eigen beweging op zijn verklaring terugkomen.

## XII.

Indien een persoon, beneden 16 jaar, tegen wien een klachtdelikt is gepleegd, tijdens het loopen van den klachttermijn, dien leeftijd bereikt, blijft toch tot klagen gerechtigd, degene, die vóór dien tijd daartoe het recht had.

## XIII.

Een als getuige gedagvaarde advocaat kan in dezelfde zaak als raadsman optreden.

## XIV.

De verhouding tusschen patroon en arbeider is een gezagsverhouding.

## XV.

Ten aanzien van het vraagstuk van de rechtvaardiging van den Staat, stelt het Bolschewisme zich principieel op hetzelfde standpunt als het Marxisme.







*Aan het einde van mijn academische studiën gekomen, is het mij een behoefte mijn dank te betuigen aan de Hoogleraren der Juridische Faculteit, wier onderwijs ik mocht ontvangen.*

*Die dank geldt in bijzondere mate U, hooggeleerde Fabius, hooggeschatte Promotor, voor de groote welwillendheid en onvermoeide bereidvaardigheid, waarmede gij mij bij het schrijven van dit proefschrift hebt terzijde gestaan en voor de hartelijke belangstelling in mijn arbeid betoond.*

*Tevens betuig ik mijn erkentelijkheid tegenover hen, die op wat wijze ook, mij hun hulp en medewerking hebben verleend.*



## AFDEELING I.

### KARAKTER VAN DE IUDICIA BONAE FIDEI.

---

#### § 1. Inleiding.

Gaius geeft ons in zijn *Institutiones*<sup>1)</sup> een voorbeeld van de samenstelling der formula van een bonae fidei iudicium<sup>2)</sup> en wel van de actio depositi. Deze actie

<sup>1)</sup> IV, 47.

<sup>2)</sup> Bij zeer vele schrijvers over Romeinsch recht vindt men de uitdrukkingen *iudicium bonae fidei* en *actio bonae fidei* herhaaldelijk door elkaar gebruikt. Een dergelijke handelwijze kan op nauwgezetheid geen aanspraak maken. *Iudicium bonae fidei* is de klassiek-romeinsche benaming, de uitdrukking *actio bonae fidei* is van lateren, na-klassieken tijd, gaarne gebezigd door Iustinianus en de Compilatoren. Dit blijkt duidelijk uit het feit, dat in de *Pandekten* steeds van *iudicium bonae fidei* wordt gesproken, behalve in *l. 1 § 23 D. XVI, 3* (Ulpianus, *l. 30 ad Edictum*) waar van de actio depositi gezegd wordt: „Hanc actionem bonae fidei esse dubitari non oportet.” Deze plaats is echter geïnterpoleerd, zooals hieronder nader zal worden aangetoond. Ook de *Instituten* van Iustinianus spreken éénmaal van *actio bonae fidei*. In § 28 *Inst.*, IV, 6 lezen wij: „Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. Bonae fidei sunt haec.”

Vergelijkt men hiermede Gaius, *Inst.* IV, 62, dan blijkt, dat Iustinianus de daar vermelde opsomming der iudicia bonae fidei onveranderd en in dezelfde volgorde heeft overgenomen (met uitzondering natuurlijk van de actio rei uxoriae, die reeds door een actio ex stipulatu was vervangen). Echter zegt Gaius: bonae fidei iudicia sunt haec, Iustinianus: bonae fidei actiones sunt haec. Door Iustinianus is *iudicium bonae fidei* dus blijkbaar veranderd



vertoont, zoo deelt hij ons mede, evenals die van het commodatum, de eigenaardigheid, dat zij zoowel een formula in ius als een in factum concepta heeft<sup>1)</sup>.

in *actio bonae fidei*. Een zeer sterk bewijs voor de door ons gehuldigde opvatting, achten wij gelegen in *l. 5 pr. D. XII, 3*, waar Marcianus (*l. 4 Regularum*) zegt: „In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei iudiciis in litem iuratur.” Indien de uitdrukking *actio bonae fidei* in het klassieke recht gebruikelijk ware geweest, zou Marcianus zich hier van haar zonder twijfel beknoptheidshalve hebben bediend.

Verg. over dit alles Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, bl. 106 vlg.; Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 1035, n. 4.

<sup>1)</sup> Gaius zegt echter niet, dat alleen bij depositum en commodatum een dubbele formula voorkomt, zooals Eisele meent (zie diens *Die materielle Grundlage der Exceptio*, bl. 130 vlg.). Ten bewijze zijner opvatting beroept deze schrijver zich in het bijzonder op *l. 9 D. XLIV, 7*, waar Paulus zegt: „Filius familias suo nomine nullam actionem habet, nisi iniuriarum, et quod vi aut clam, et depositi, et commodati, ut Iulianus putat.

Dat de filius familias suo nomine de actiones depositi en commodati kan instellen, vindt, zoo redeneert Eisele, zonder twijfel zijn grond hierin, dat die acties naast een formula in ius, ook een in factum hebben. Immers in *l. 13 D. h. t.* leert Ulpianus: „In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere”. Waren nu, meent hij, behalve de twee genoemde, nog andere acties van een dubbele formula voorzien geweest, dan zouden volgens *l. 13 cit.* ook die den filius familias ten dienste hebben gestaan en zou Paulus in *l. 9 cit.* nooit gezegd hebben: „Filius familias suo nomine nullam actionem habet, nisi . . . depositi et commodati”.

Hoe deze twee teksten met elkaar te rijmen? Beperkt Paulus de bevoegdheid tot het instellen van actiones in factum suo nomine tot de actiones depositi en commodati in factum, terwijl Ulpianus haar ten aanzien van alle in factum actiones erkent? Een dergelijke tegenspraak tusschen twee vooraanstaande juristen uit ongeveer denzelfden tijd is zeker niet waarschijnlijk. Het verband tusschen beide teksten komt o.i. dan alleen in een juist daglicht te staan, wanneer met Girard wordt aangenomen, dat Ulpianus niet zegt „que toutes les actions in factum soient données aux fils, mais que le fils peut intenter des actions in factum.” (*Manuel de droit romain*, bl. 145, n. 4)

Is deze opvatting juist, dan behoeft uit het niet-noemen door Paulus van andere acties naast die uit commodatum en depositum

Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati; illa enim formula, quae ita concepta est: Iudex esto. Quod A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> apud N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> condemnato. Si non paret, absolvo, in ius concepta est.

At illa formula, quae ita concepta est: Iudex esto. Si paret, A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> apud N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> condemnato. Si non paret, absolvo, in factum concepta est.

Het is duidelijk, dat wij in het eerste geval te doen hebben met de formula van een bonae fidei actie, welker intentio, blijkens Gaius, luidt: „quidquid ob eam rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare facere oportet ex fide bona.” Wel spreekt Gaius alleen van de actio depositi en geeft hij nergens elders de formula van een andere bonae fidei actie <sup>1)</sup>, maar door niemand wordt betwijfeld, dat de intentio van alle iudicia bonae fidei in wezen dezelfde was.

Op grond dier communis opinio achten wij ons gerech-

---

allerminst voort te vloeien, dat die andere acties geen formulae in factum hadden en ontvalt mitsdien aan Eisele alle steun.

Is zij daarentegen onjuist, kon de filius familias inderdaad suo nomine actiones in factum instellen, dan is de noodzakelijke conclusie van Eisele's redeneering deze, dat naast de actiones depositi en commodati in factum geen enkele andere actio in factum in het Romeinsche recht gevonden werd; een gevolgtrekking, die zeker door niemand, ook niet door Eisele zal worden aanvaard. Verg. tegen Eisele ook Zimmermann, *Kritische Bemerkungen zu Eisele's Schrift über die materielle Grundlage der Exceptio*, bl. 36.

<sup>1)</sup> Verg. echter Cicero, *De Officiis*, III, 15, 16, 17; *Topica*, 17.



tigd, de bovenaangegeven intentio als de voor alle iudicia bonae fidei geldende aan te nemen en haar als richtsnoer te gebruiken voor de nadere vaststelling van het karakter van deze acties.

Zij vertoonen de volgende eigenschappen. Zij zijn:

1. actiones in personam (§ 2);
2. actiones civiles (§ 3);
3. actiones incertae (§ 4);
4. acties, die dienen tot handhaving van verbintenissen, ontstaan ex contractu of quasi ex contractu (§ 5);
5. acties, met, aan het einde der intentio, de clausule ex fide bona (§ 6).

In den aanvang van deze inleiding hebben wij den inhoud der formula depositi in ius aangegeven, overeenkomstig de lezing van Lenel<sup>1)</sup>. Deze lezing is echter niet onbestreden. Zoo meent Huschke<sup>2)</sup> den *Codex Veronesus* van Gaius te moeten lezen als volgt: „eius iudex N.N.A.A. condemnato nisi restituat, si non paret, absolvito” en aldus een verklaring gevonden te hebben van de letters n. r. (het handschrift van Verona luidt: „eius id iud. n. n. a. a. condemnato n. r. s. n. p. a.”). Voor deze bewering gelooft hij steun te vinden bij Ulpianus in *l. 1 § 21 D. XVI, 3*:

Inde scribit Neratius, si res deposita sine dolo malo amissa sit et post iudicium acceptum reciperaretur, nihilominus recte ad restitutionem reum compelli nec debere absolvi, nisi restituat.

Inderdaad zijn de letters n. r., indien zij niet aan een schrijffout te wijten zijn, slechts op deze wijze aan te

<sup>1)</sup> *Das Edictum Perpetuum*, § 106 (bl. 279).

<sup>2)</sup> *Studien des römischen Rechts*, bl. 316 (geciteerd bij Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, bl. 279, n. 14).

vullen<sup>1)</sup>. Want Ubbelohde's<sup>2)</sup> voorstel, voor de afkorting n.r. numerata pecunia te lezen, is reeds hierom verwerpelijk, wijl volgens Gaius, *Inst.* IV, 48: „Omnium formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est.” En niet is in te zien, waarom juist bij depositum uitdrukkelijk het vereischte der pecunia numerata zou zijn gesteld.

Velen<sup>3)</sup> hebben dan ook Huschke's conjectuur als juist aanvaard. Echter maken verschillende ernstige bezwaren diens verklaring onaannemelijk.

Reeds von Keller<sup>4)</sup> wees er op, dat de woorden: nisi restituat nergens elders bij actiones, op dare facere oportere gericht, voorkomen, en Lenel acht ze „gegenüber einer intentio: quidquid dare facere oportet, fast unerträglich.”<sup>5)</sup>

Als tweede bezwaar kan gelden, dat de woorden: nisi restituat, in een formula bonae fidei, geen zin hebben. „Der Iudex war hier schon durch den Zusatz, ex fide

<sup>1)</sup> Verg. Pernice, *Labeo*, I, bl. 437, n. 49; Arangio-Ruiz, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, bl. 3, n. 1.

<sup>2)</sup> *Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species*, bl. 1—13.

<sup>3)</sup> Verg. o.a. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, V. bl. 86, n.t.; von Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, II, bl. 292, n. 79; Thon, *Zur Lehre von den in factum actiones*, in het *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, II, bl. 293 vlg.; Eisele, *Die materielle Grundlage der Exceptio*, bl. 130; Accarias, *Précis de droit romain*, II, bl. 991, 992; Dernburg, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte*, bl. 51. Verg. van de nieuwere schrijvers: May, *Observations sur les actions arbitraires*, in *Mélanges Girard*, II, bl. 166, 167; Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, bl. 741 en 741, n. 2.

<sup>4)</sup> *Grundriss zu Vorlesungen über Institutionen und Antiquitäten des römischen Rechts*, bl. 115 (geciteerd bij Ubbelohde, *Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species*, bl. 3, n. 6).

<sup>5)</sup> *Das Edictum Perpetuum*, bl. 279, n. 14. In gelijken zin Pernice, *Labeo*, I, bl. 437, n. 49.



„bona Arbitrer, und hatte die ganze Macht, die ihm die „arbitraria formula hätte geben können, auch die, den Beklagten zu absolviren, wenn er vor der Sentenz den Kläger, wie es der Richter recht und billig fand, befriedigte, die arbitraria formula, wäre hier ohne „Sinn gewesen.“<sup>1)</sup>

Een ernstig bezwaar is ook, dat bij de actiones arbitraiae de clausula restitutoria steeds vóór de condemnatio staat en hier daarna<sup>2)</sup>.

Ten slotte is het zeer de vraag, of l. 1 § 21 D XVI, 3, waarop Huschke zich beroept, betrekking heeft op de actio depositi in ius. Lenel<sup>3)</sup> acht het twijfelachtig, ter-

<sup>1)</sup> Aldus Puchta-Krüger, *Cursus der Institutionen*, I, bl. 501.

In gelijken zin o.a. Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in *Archivio Giuridico*, LII, bl. 472; Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, bl. 311; Ubbelohde, *Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species*, bl. 5 en 19; Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, bl. 741, n. 2; May, *Éléments de droit romain*, bl. 684, n. 5 en *Observations sur les actions arbitraires*, in *Mélanges Girard*, II, bl. 165 vlg.; Levy, *Zur Lehre von den sogenannten actiones arbitraiae*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXXVI, bl. 46 vlg., die zich als volgt uit: „Dass dies (sc. het restituere) ohne „Beeinträchtigung des dem Restitutionsrichter zugestandenen Offiziums geschehen konnte, dafür sorgte der Zusatz „ex fide bona“. „Wenn der Beklagte „cum haberet restituendi facultatem, non vult „restituere,“ so wurde darin ein dolo facere, eine Verletzung der „bona fides erblickt.“

Anders echter o.a. Bonjean, *Traité des actions*, II, bl. 270, n. 1 en 275; Zimmern, *Geschichte des römischen Privatrechts*, III, bl. 211.

<sup>2)</sup> Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in *Archivio Giuridico*, LII, bl. 472; Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, bl. 279, n. 14; Pernice, *Labeo*, I, bl. 437, n. 49 en *Parerga*, III, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., IX, bl. 228, n. 2; Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 1039, n. 2.

<sup>3)</sup> *Das Edictum Perpetuum*, bl. 279, n. 14.

wijl volgens Taubenschlag<sup>1)</sup> en Ubbelohde<sup>2)</sup> zonder twijfel de actio in factum in het geding is.

Er blijft dan ook niets anders over, dan de letters n.r. als niet geschreven te beschouwen. Vermoedelijk zijn zij ontstaan uit de letters s.n.p.a., die daarop volgen<sup>3)</sup>.

## § 2. De iudicia bonae fidei zijn actiones in personam.

Een actio in personam is volgens Gaius<sup>4)</sup> aanwezig, wanneer wij eischen tegen iemand, die ons krachtens overeenkomst of delict iets verschuldigd is: „quotiens eum intendimus dare, facere, praestare oportere.” Van een persoonlijke actie is dan sprake, wanneer de eischer zijn recht grondt op het feit, dat een ander hem iets moet dare, facere of praestare. Want een actio in rem is nimmer op dare, facere of praestare gericht<sup>5)</sup>. Indien wij zulk

<sup>1)</sup> *Zur Geschichte des Hinterlegungsvertrages im römischen Recht*, in het *Zeitschr. für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, XXXV, bl. 138 vlg..

<sup>2)</sup> *Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species*, bl. 4.

<sup>3)</sup> Verg. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, bl. 279, n. 14; Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 1039, n. 2; Taubenschlag, *Zur Geschichte des Hinterlegungsvertrages im römischen Recht*, in het *Zeitschr. für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, XXXV, bl. 139 en 139, n. 12; Levy, *Zur Lehre von den sogenannten actiones arbitrariae*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, *Rom. Abt.*, XXXVI, bl. 47/48 en 48, n. 1; Pernice, *Labeo*, I, bl. 437, n. 49.

<sup>4)</sup> *Inst.* IV, 2: „In personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est, quotiens eum intendimus dare, facere, praestare oportere.”

<sup>5)</sup> *Inst.* IV, 3: „In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi” . . .



een actie instellen, is zij daarop gegrond, dat ons een zaak toebehoort of dat wij een of ander recht hebben, b.v. van vruchtgebruik. En in § 4<sup>1)</sup> legt Gaius er dan nog eens den nadruk op, dat, wanneer wij onze eigen zaak opeischen, de intentio nooit kon luiden: eum dare oportere. Dare wil zeggen: in eigendom overdragen en iets, dat ons eigendom reeds is, kan een ander ons niet meer in eigendom overdragen, kan hij ons niet dare. Daar nu de iudicia bonae fidei een intentio hebben met: quidquid . . . dare facere oportet ex fide bona, volgt uit de uiteenzetting bij Gaius noodzakelijkerwijze, dat ook zij actiones in personam zijn.

Doch ook elders blijkt dit. Zoo zegt Marcianus in het vierde boek zijner *Regulae* (l. 5. pr. D. XII, 3): „In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei iudiciis in litem iuratur.” Aldus een strenge scheiding makende tusschen actiones in rem en iudicia bonae fidei.

Volgens de *Instituten* van Iustinianus <sup>2)</sup> zijn alle acties, die niet in rem zijn, in personam. Dus moeten ook de iudicia bonae fidei, daar zij geen onpersoonlijke acties zijn, tot de persoonlijke acties gerekend worden.

Ten slotte, Iustinianus wijst in zijn *Instituten* (§ 31, *Inst.* IV, 6), na in de vorige §§ over de iudicia bonae fidei gesproken te hebben, ten aanzien der actiones arbitrarie met nadruk op de omstandigheid, dat onder deze categorie van acties, zoowel actiones in rem als actiones

---

<sup>1)</sup> *Inst.* IV, 4: „Sic itaque discretis actionibus, certum est, non posse nos rem nostram ab alio ita petere: si paret eum dare oportere; nec enim quod nostrum est, nobis dari potest, cum scilicet id dari nobis intellegatur, quod ita datur, ut nostrum fiat; nec res, quae nostra iam est, nostra amplius fieri potest.”

<sup>2)</sup> § 1 *Inst.* IV, 6: „Omnium actionum . . . summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam.”



in personam voorkomen en hij doet dit in zulk een vorm, dat duidelijk merkbaar is zijn bedoeling, om te kennen te geven, dat zij hierin van de iudicia bonae fidei verschillen („sed istae actiones [sc. arbitrariae] tam in rem quam in personam inveniuntur”).

De stelling, dat de iudicia bonae fidei steeds een persoonlijk karakter vertoonen, wordt schijnbaar weerlegd door Iustinianus<sup>1)</sup>. Deze toch rangschikt in zijn catalogus ook een actio in rem, n.l. de hereditatis petitio, onder de iudicia bonae fidei, aldus een einde makende aan den strijd, die over het al of niet bona fide karakter der hereditatis petitio gevoerd werd.

Desnietteenstaande meenen wij deze stelling te mogen handhaven. Allereerst dient men wel te bedenken, dat, al wordt door Iustinianus de eene of andere actie in het getal der iudicia bonae fidei opgenomen, zij daarom nog niet volgens klassiek-Romeinsch recht zulk een actie was. Van meer dan één kant is er op gewezen, dat het maar niet aangaat, den catalogus der iudicia bonae fidei bij Gaius aan te vullen door dien bij Iustinianus<sup>2)</sup>. Hieronder zal worden aangetoond, dat het begrip iudicium bonae fidei gestadig werd verruimd, zoodat ten slotte ook acties, die niet de clausule ex fide bona in de formula hadden, daaronder werden gerekend. Deze ontwikkeling vindt haar voltooiing in het Iustiniaansche recht. Daar is van de tegenstelling iudicia bonae fidei—iudicia stricta geen sprake meer, althans niet in den oorspronkelijken,

<sup>1)</sup> § 28 *Inst.* IV, 6. Verg. *l.* 12 § 3 *C.* III, 31.

<sup>2)</sup> Verg. Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, bl. 107; Levy, *Zur Lehre von den sogenannten actiones arbitrariae*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, XXXVI, bl. 1; Arangio-Ruiz, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, bl. 18 vlg..

klassieken zin<sup>1)</sup>. Indien dat wel het geval ware geweest, zou Iustinianus nimmer tot de iudicia bonae fidei hebben durven rekenen een actie, die in den klassieken tijd, als het voorbeeld der strenge acties werd beschouwd (de actio ex stipulatu tot teruggave van den dos), benevens een actie, die wegens haar onpersoonlijk karakter, door de klassieke juristen niet als iudicium bonae fidei zou zijn erkend (de hereditatis petitio). Terecht wordt hierop door Gradenwitz gewezen: „Das *ex fide bona* setzt ein *dare* (*facere*) *oportet* voraus und kann so wenig bei persönlichen *formulae in factum*, wie überhaupt bei *formulae in rem conceptae* vorkommen.”<sup>2)</sup>

Toch ligt het o.i. voor de hand, dat de hereditatis petitio één of meer trekken met de iudicia bonae fidei gemeen had. Alleen dan toch is begrijpelijk, dat Iustinianus haar tot iudicium bonae fidei bevorderde en dat die twijfel, aangaande het al of niet bona fide karakter der hereditatis petitio, waarvan Iustinianus spreekt, kon bestaan.

Waarschijnlijk is de grond van die gelijkstelling hierin gelegen, dat bij de hereditatis petitio, in afwijking van de andere actiones in rem, doch in overeenstemming met de iudicia bonae fidei, de exceptio doli niet uitdrukkelijk in de formula behoefde te worden opgenomen, m.a.w. de bekende regel: exceptio doli iudiciis bonae fidei inest, ook op haar van toepassing was<sup>3)</sup>. Bovendien mag niet worden voorbij-

---

<sup>1)</sup> Verg. o.a. Maynz, *Cours de droit romain*, II, bl. 138; Kuntze, *Cursus des römischen Rechts*, bl. 691; Wieding, *Der Iustinianische Libellprocess*, bl. 134.

<sup>2)</sup> *Interpolationen in den Pandekten*, bl. 107.

Zie ook Accarias, *Précis de droit romain*, II, bl. 1004.

<sup>3)</sup> Verg. *l. 38 D. V.*, 3: „nam nec exceptio doli mali desideratur.”

Verg. Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 921; Accarias, *Précis de droit romain*, II, bl. 1004.



gezien, dat Iustinianus aan de hereditatis petitio zeer wel een plaats kon geven onder de iudicia bonae fidei, zonder daardoor al te zeer in strijd te komen met de opvatting der klassieke juristen, dat een actio in rem nimmer een bonae fidei actie kon zijn. Het is toch een bekende zaak, dat volgens Iustinianus de hereditatis petitio een mixta actio, d. i. een actio, zoowel in rem als in personam, was<sup>1)</sup>. Oorspronkelijk zuiver onpersoonlijk, kon zij sedert het *Senatusconsultum Iuventianum* (129 n. Chr.), onder Hadrianus, ook worden aangewend tot het verkrijgen van de voldoening van praestationes personales<sup>2)</sup>.

Wanneer wij dit alles in aanmerking nemen, wordt de handelwijze van Iustinianus ten opzichte der hereditatis petitio verklaarbaar. Verzwakking van de tegenstelling iudicia bonae fidei—iudicia stricta, daarnaast de „persoonlijke” trekken der hereditatis petitio, en toepassing op haar van denzelfden regel, die voor de iudicia bonae fidei gold: exceptio doli iudiciis bona fidei inest, — ziedaar de redenen, die als verklaring, zij het dan niet als rechtvaardiging, kunnen dienen van Iustinianus' beslissing, ons in den *Codex*<sup>3)</sup> en de *Instituten*<sup>4)</sup> meegedeeld.

---

<sup>1)</sup> Verg. *l.* 7 *C.* III, 31.

<sup>2)</sup> Verg. *l.* 25 § 18 *D.* V, 3: „Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales, ut puta eorum, quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum.”

Verg. von Wächter, *Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrechte*, II, bl. 107, n. 107; Puchta-Krüger, *Cursus der Institutionen*, I, bl. 432, n. 85; von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, V, bl. 478.

<sup>3)</sup> *L.* 12 § 3 *C.* III, 31.

<sup>4)</sup> § 28 *Inst.* IV, 6.



### § 3. De iudicia bonae fidei zijn actiones civiles.

Het bewijs van het civiel karakter der iudicia bonae fidei wordt in de eerste plaats geleverd door de intentio: quidquid dare facere oportet ex fide bona. Een formula, welker intentio daarop is gericht, dat een ander nobis dare facere oportet, is steeds in ius concepta, kan niet in factum concepta zijn <sup>1)</sup>. Immers „oportere” wijst op een civielrechtelijke verplichting; geeft aan, dat iets zijn grondslag vindt in het ius civile, of, gelijk Dernburg het uitdrukt, „rechtlich begründet ist.” <sup>2)</sup>

Bovendien is de clause ex fide bona slechts mogelijk en heeft zij alleen zin bij een actio civilis. Hierop wees reeds von Savigny <sup>3)</sup>, daartoe wellicht gebracht door de verkeerde overweging, dat de actiones in factum naar hun aard „vrije” acties waren en naar het voorbeeld der iudicia bonae fidei werden behandeld, waarom bij haar de woorden ex fide bona overbodig zouden zijn geweest.

In gelijken zin uit zich Puchta <sup>4)</sup> hoewel hij von

---

<sup>1)</sup> Gaius, *Inst.* IV, 45: „Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus, quales sunt, quibus intendimus, nostrum esse aliquid ex iure Quiritium aut nobis dari oportere aut pro fure damnum decidi oportere; in quibus iuris civilis intentio est.”

Gaius, *Inst.* IV, 46: „Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentionis conceptio est.”

<sup>2)</sup> *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte*, bl. 59, n. 2.

Verg. Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, II, bl. 302, n. 10; Thon, *Zur Lehre von den in factum actiones*, in het *Zeitschr. für rechts-gesch.*, II, bl. 250.

<sup>3)</sup> *System des heutigen römischen Rechts*, V, bl. 473, n. a., bl. 480. Verg. Kuntze, *Cursus des römischen Rechts*, bl. 442 (§ 640).

<sup>4)</sup> *Cursus der Institutionen*, I, bl. 492 en 497.

Verg. von Bethman-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, II, bl. 281; von Wächter, *Erörterungen aus dem römischen, deutschen und*

Savigny's leer van het vrije karakter der actiones in factum verwerpelijk acht.

Op uitnemende wijze is door Thon in het licht gesteld, dat de clausule ex fide bona in een formula in factum zonder zin, zelfs gevaarlijk zou zijn. Letterlijk zegt hij: „In der „That wäre eine intentio: si paret illum patronum „— in ius esse vocatum ex fide bona ein Unding „gewesen. Denn wo, wie hier, der Kondemnationsbefehl „lediglich an das Vorhandensein einer gewissen Thatsache „geknüpft wird, da kann wohl noch die Höhe der Kon- „demnationssumme dem richterlichen Ermessen über- „lassen werden, nicht aber die Entscheidung über „die Kondemnation selbst; denn es würde sonst diese „freie Macht des iudex mit dem ersten prätorischen „Befehle, unter einer bestimmten Voraussetzung zu con- „demniren, in unlösbaren Widerspruche stehen.”<sup>1)</sup>

Ten slotte zij er op gewezen, dat in de bronnen verschillende iudicia bonae fidei en obligationes bonae fidei uitdrukkelijk als actiones civiles en obligationes civiles worden betiteld<sup>2)</sup>.

Het civielrechtelijk karakter der iudicia bonae fidei wordt dan ook door schier niemand ontkend. Alleen Krüger is van oordeel, dat zij steeds praetorische acties

---

württembergischen Privatrechte, II, bl. 43—45, 68; von Keller, *Der römische Civilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung*, § 88; Oertmann, *Die Fiducia im römischen Privatrecht*, bl. 228.

<sup>1)</sup> Zur Lehre von den in factum actiones, in het *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, II, bl. 252 en 254 vlg..

Verg. Wlassak, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, bl. 160 vlg..

<sup>2)</sup> O.a. actio empti: l. 8 D. XVIII, 5; l. 33 D. XXI, 1; l. 1 § 1 D. XLIII, 18; actio locati en conducti: l. 3 § 1 D. IV, 9; l. 1 § 1 D. XLIII, 18; actio depositi: l. 7 § 2 D. II, 14; l. 1 pr. D. XIX, 3; actio commodati: Paulus, *Sententiae*, V, 6, 10; l. 17 § 3 D. XIII, 6.



zijn geweest. Echter blijft hij in gebreke, het bewijs te leveren van zijn toch zoo geheel van de algemeen geldende opvatting afwijkende meening. Hij uit zich als volgt:

„Diese neugestalteten Obligationen sind erst durch neue Klagen ins Leben gerufen, welche nicht durch Gesetz, sondern durch das Edikt aufgestellt wurden, und zwar die älteren vermutlich nicht gleich in Gestalt eines *bonae fidei iudicium*, sondern zunächst als *actio in factum concepta*. An diesem Ursprung lasse man sich nicht irremachen dadurch, dass sie in der nächsten Periode auch wohl *actiones civiles* genannt und in der Lehre von der prozessualischen Consumption ihre *intentio* mit zu den *intentiones iuris civilis* gerechnet wird. Das beruht auf einem Wechsel der Auffassung, wie er durch die allmähliche Abschleifung des Gegensatzes zwischen den *condictiones* und den *bonae fidei iudicia* herbeigeführt wurde; dazu kam, dass die *bonae fidei iudicia* den *actiones civiles* insofern viel näher standen, wie den sonstigen *actiones praetoriae*, als der Prätor bei ihnen die Gestaltung des Anspruchs ganz aus der Hand gab, indem er ihn dem Befinden des Richters nach Maszgabe der ihm Verkehr herrschenden Anschauungen über Treu und Glauben anheimstellte, gerade so wie er bei *actiones civiles* den Richter auf das *ius civile* hinwies.”<sup>1)</sup>

Terecht betoogt Krüger, met een beroep op Cicero, *De Officiis*, III, 15, 61 (*sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona*”), dat de *iudicia bonae fidei* van praetorischen oorsprong zijn. Maar is daarmee het bewijs geleverd, dat zij steeds als praetorische acties hebben bestaan? Ja, indien een overgang van het praetorisch recht in het *ius*

<sup>1)</sup> Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, bl. 48 en 49.



civile te Rome onbekend was. Echter vindt men reeds bij Zimmermann de meening, „dasz diese Klagen (sc. bonae fidei iudicia) anfangs prätorisch, später in's Zivilrecht aufgenommen worden sind.”<sup>1)</sup> En wie nader kennis genomen heeft van Wlassak's *Negotiorum Gestio*, § 12 en Mitteis' *Privatrecht*, blz. 54-62, kan o. i. moeilijk aan den indruk ontkomen, dat een dergelijke rechtsontwikkeling den Romeinen geenszins vreemd was.

Maar buiten alle andere overwegingen wordt Krüger's opvatting ten eenen male weersproken door de meest positieve uitspraken uit de bronnen. Op tal van plaatsen worden de iudicia bonae fidei uitdrukkelijk als actiones civiles betiteld<sup>2)</sup> en wordt hun bestaan als zoodanig uitdrukkelijk vermeld. Bedenkt men nu, dat Krüger tegenover deze uitspraken niet één stellig argument weet aan te geven, dan zal men niet licht geneigd zijn, hem in zijn beschouwingen te volgen.

Minder ver dan Krüger gaat Eisele. Wel tracht deze schrijver het civiele karakter der iudicia bonae fidei zoo onzeker mogelijk te maken, — ten slotte ziet hij zich toch door Gaius, IV, 47 genoodzaakt te erkennen, dat deze acties door de klassieke juristen inderdaad als actiones civiles werden beschouwd. In een zijner bekendste werken kan men lezen: „Da hier der Rechtsgrund des „dare facere oportere nicht das ius civile an sich, sondern „die bona fides ist, so könnte man geneigt sein, dieser „Formel die Übereinstimmung mit dem von Gaius aufgestellten Erfordernis der intentio iuris civilis abzusprechen. „Man würde sich jedoch dadurch in Widerspruch setzen „mit Gaius, welcher IV, 47 eine formula mit dem

<sup>1)</sup> *Aechte und unächte Negotiorum Gestio*, bl. 11, n. 13.

<sup>2)</sup> Verg. hierboven bl. 21, n. 2.

„Zusatz ex fide bona ausdrücklich in ius concepta nennt, „nachdem er im § 45 die formula in ius concepta mit „derjenigen, in qua iuris civilis intentio est, identificiert „hat. Man schlug also, wie es scheint, bei der Classification „die formelle intentio auf dare facere oportere höher an, „als den materiellen Zusatz ex bona fide.”<sup>1)</sup>

Deze theorie is een uitvloeisel van Eisele's opvatting aangaande de verhouding tusschen ius civile en aequitas. Volgens hem vormt de bona fides een tegenstelling tot het ius civile, staan zij als het ware vijandig tegenover elkaar. Dit blijkt uit hetgeen wij hierboven citeerden: „Der Rechtsgrund des dare facere oportere ist nicht das ius civile an sich, sondern<sup>2)</sup> die bona fides; dit blijkt ook uit wat wij lezen elders in het genoemde werk: „Der iudex aber hat die Erheblichkeit der Thatsachen nicht nach ius civile an sich, sondern<sup>3)</sup> gemäsz der bona fides zu prüfen.”<sup>4)</sup>

Echter hebben wij ons de bona fides niet te denken als iets, dat een tegenstelling vormt tot het ius civile, maar veeleer als een deel daarvan. Reeds Zimmermann betoogde, dat „in Wahrheit die bona fides in ein gewissēs Gebiet des Zivilrecht aufgenommen ist, so dasz dieser Gebiet seinen Inhalt gerade aus der fides bona schöpft.”<sup>5)</sup> En bij Wlassak lezen wij: „Das aequum et bonum war im Gebiete des ius civile Recht geworden, und auf Berücksichtigung eben dieser Rechtssätze verwies den Richter die bonae fidei-Clausel.”<sup>6)</sup>

<sup>1)</sup> *Die materielle Grundlage der Exceptio*, bl. 175.

<sup>2)</sup> Cursiveering van ons.

<sup>3)</sup> Cursiveering van ons.

<sup>4)</sup> Bl. 15.

<sup>5)</sup> *Kritische Bemerkungen zu Eisele's Schrift über die materielle Grundlage der Exceptio*, bl. 10-11.

<sup>6)</sup> *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, bl. 161.

Verg. Birkmeyer, *Die Exceptionen im bonae fidei iudicium*, § 13 en 14.



#### § 4. De iudicia bonae fidei zijn actiones incertae.

Ook hier levert de intentio het bewijs. De praetor schrijft den rechter voor te onderzoeken: quidquid dari fieri oportet. Dare facere oportere nu wil zeggen: verplicht zijn tot het verrichten van een praestatie, die niet van te voren reeds nauwkeurig vaststaat, maar welker omvang en inhoud door den rechter nader moeten worden bepaald (quid quale quantumque sit)<sup>1)</sup>.

Maar de iudicia bonae fidei kunnen ook niet anders dan actiones incertae zijn<sup>2)</sup>. De clause ex fide bona past slechts in een formula incerta. Door het ex fide bona toch wordt den rechter de taak opgelegd, nader vast te stellen, wat de eene partij aan de andere verschuldigd is, naar billijkheid en goede trouw. Hij moet rekening houden met de omstandigheden van ieder concreet geval. Van die omstandigheden hangt steeds af, wat de een den ander moet praesteeën. Was de rechter nu bij deze iudicia inderdaad aan een certum gebonden, had hij slechts te onderzoeken datgene, wat de praetor hem in de formula had voorgelegd, eenvoudig ja of neen te antwoorden op de vraag van den praetor, — dan kon hij met al die omstandigheden geen rekening houden, en niet

<sup>1)</sup> Verg. l. 74, l. 75 pr, D. XLV, 1.

Zie over de beteekenis van het dare facere in de formula o. a. von Wächter, *Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrechte*, II, bl. 64 vgl.; Sohm, *Institutionen des römischen Rechts*, § 76; Dernburg-Sokolowsky, *System des römischen Rechts*, I, bl. 255, n. 6.

<sup>2)</sup> Verg. o. a. Puchta-Krüger, *Cursus der Institutionen*, I, bl. 493; Zimmern, *Geschichte des römischen Privatrechts*, III, bl. 189; Gans, *Über römisches Obligationenrecht*, bl. 18; May, *Éléments de droit romain*, bl. 738; Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 1036; Maynz, *Cours de droit romain*, II, bl. 138.



voldoen aan de eischen der bona fides. Cicero zegt dan ook in zijn pleidooi voor den tooneelspeler Roscius:

Iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae.  
Voorts in diezelfde rede:

Quis unquam ad arbitrium quantum petiit, tantum abstulit? Nemo! Quantum enim aequius esse id sibi dari.<sup>1)</sup>

En in *De Officiis*<sup>2)</sup> lezen wij:

In his (sc. bonae fidei iudiciis) magni esse iudicis statuere (praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria) quid quemque cuique praestare oporteret.

Duidelijk wordt de bevoegdheid des rechters tot nadere vaststelling van hetgeen partijen verschuldigd zijn en dus tevens het onbepaalde karakter der iudicia bonae fidei omschreven in de *Instituten*<sup>3)</sup> van Iustinianus:

In bonae fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici, ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat,

een omschrijving, die ongetwijfeld aan Gaius is ontleend.

---

§ 5. De iudicia bonae fidei zijn acties, die dienen tot handhaving van verbintenissen, ontstaan ex contractu of quasi-ex contractu.

Noch in den catalogus der iudicia bonae fidei bij Cicero, noch in dien bij Gaius, noch in dien bij Iustinianus doet zich een ander geval voor, zoodat wij op grond

---

<sup>1)</sup> *Pro Roscio Comoedo*, 4, § 10.

<sup>2)</sup> III, 17, § 10.

<sup>3)</sup> § 30 *Inst.* IV, 6.

<sup>4)</sup> Gaius, *Inst.* IV, 61. Verg. ook IV, 63 en l. 5 pr. *D.* XLIV, 7.

daarvan reeds mogen aannemen, dat onder de acties, dienende tot handhaving van verbintenissen, ontstaan ex delicto of quasi-ex delicto, geen bonae fidei iudicia werden gevonden<sup>1)</sup>.

---

§ 6. De iudicia bonae fidei hebben een formula met de clause ex fide bona.

De eigenschappen der iudicia bonae fidei tot hiertoe opgesomd, zijn geen kenmerkende eigenschappen. Ook b.v. de actio ex stipulatu is in personam, in ius concepta. Ook zij kan incerta zijn<sup>2)</sup>. Slechts bestaat ten opzichte van dit laatste tusschen de iudicia bonae fidei en iudicia stricta in zooverre onderscheid, dat de eerste steeds incertae zijn, de laatste daarentegen zoowel certae als incertae kunnen zijn.

De kenmerkende eigenschap der iudicia bonae fidei is gelegen in de groote vrijheid aan den rechter geschonken. Die vrijheid is een uitvloeisel van de clause ex fide bona, aan het einde der intentio in de formula opgenomen. Door deze verruiming van het officium iudicis nemen de iudicia

---

<sup>1)</sup> Verg. o.a. Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 1036; Accarias, *Précis de droit romain*, II, bl. 998; Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, bl. 856; Puchta-Krüger, *Cursus der Institutionen*, I, bl. 492; von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, V, Bijl. XIII; Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, bl. 737.

<sup>2)</sup> Actio incerti ex stipulatu. De intentio van deze actie stemt geheel overeen met die van de iudicia bonae fidei, behalve dan dat zij de clause ex fide bona mist. Verg. Gaius, *Inst.* IV, 136; Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, bl. 147; Schott, Leonhard, Bruck, Fischer, Klingmüller, *Hilfsbüchlein für den römischen Zivilprozess zum Gebrauche bei Vorlesung und Studium*, bl. 11.



bonae fidei een gansch bijzondere plaats in het Romeinsche actiënrecht in. Met name komt hierin de tegenstelling met de iudicia stricta tot uiting.

Die libera potestas van den rechter bij de iudicia bonae fidei, dankt deze aan de samenstelling der formula. In de eerste plaats dient de formula tot benoeming van den rechter; is zij een „Ernennungsdekret”. Maar vervolgens wordt zij aangewend om den rechter op de hoogte te stellen van den stand der kwestie en hem de te volgen gedragslijn voor te schrijven. Zij is een instructie, waaraan de rechter onverbiddelijk gebonden is. Natuurlijk is de rechter volkomen vrij, om uit te maken, of A aan B iets schuldig is of niet. Maar is eenmaal komen vast te staan, dat de schuld van A bestaat, dan is hij verplicht een vonnis te vellen, overeenkomstig de voorschriften van den praetor in de formula: si paret condemna, si non paret absolve<sup>2)</sup>).

Dit geldt niet alleen voor de praetorische acties, maar evenzeer voor de civiele. Ook daar is de praetor heer en meester; hangt het van den inhoud der formula af, welke beslissing de rechter eventueel zal nemen. „Der Geschworene (iudex) war auch auf dem Gebiete des Zivilrechts von dem Prätor abhängig. Er musste nach Maszgabe der prätorischen Weisung (formula) den Beklagten freisprechen, auch wenn er nach Zivilrecht ihn hätte verurteilen müssen. Er musste in andern Fällen umgekehrt,

<sup>1)</sup> Verg. o.a. Puchta-Krüger, *Cursus der Institutionen*, I, bl. 481.

<sup>2)</sup> Verg. Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 1053: „Mais, une fois sa conviction libre formée, il est rigoureusement tenu d'en tirer les conséquences, que lui indiquent la formule.”

Zie ook von Wächter, *Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrechte*, II, bl. 46; May, *Éléments de droit romain*, bl. 621 en 656/657.



wiederum kraft der Anweisung des Prätors, den Beklagten verurteilen, wo er ihn nach Zivilrecht hätte freisprechen müssen." <sup>1)</sup>

Terecht kon dan ook Accarias den Romeinschen rechter betitelen als „l'esclave de la formule" <sup>2)</sup>.

Dat een dergelijke afhankelijkheid des rechters van de formula, d. i. dus van den praetor, niet zonder bezwaar kon zijn, indien de praetor de hoedanigheden van een Verres bezat, toont Cicero <sup>3)</sup> met een pakkend voorbeeld aan.

Indien de praetor, zegt hij, deze formula geeft:

L. Octavius iudex esto: Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex iure Quiritium P. Servilii esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur —

wat vermag de rechter, zelfs al is hij de kundigste en meest plichtgetrouwe, dien men zich denken kan, in zoo'n geval anders te doen dan eventueel —, d.w.z. indien hij eigenaar blijkt te zijn, — P. Servilius bevelen het onroerend goed aan Q. Catulus te geven of indien hij dit weigert hem veroordeelen?

En dat dit gevaar niet denkbeeldig was, blijkt wel uit hetgeen hij verder zegt:

Eius modi totum ius praetorium, eius modi omnis res iudiciaria fuit in Sicilia per triennium Verre praetore.

De gebondenheid des rechters aan de formula, is het sterkst bij die iudicia stricta, welke op certa pecunia

<sup>1)</sup> Aldus Sohm, *Institutionen des römischen Rechts*, bl. 311.

<sup>2)</sup> *Précis de droit romain*, II, bl. 749.

<sup>3)</sup> *In Verrem, Actio Secunda*, II, 12.

Verg. over deze plaats o.a. Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 115 vlg.; Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 1054, n. 1; Accarias, *Précis de droit romain*, II, bl. 748/749.

gericht zijn, m.a.w. bij de *condictiones*<sup>1)</sup>. Het aloude spreekwoord: *sutor ne supra crepidam*, zou een niet slecht devies voor den rechter bij deze *iudicia* zijn geweest.

Een voorbeeld moge dit ophelderen. Stel, partijen hebben een overeenkomst van *mutuum* gesloten en gaan daarover procederen. De praetor zal dan ongeveer deze formulageven:

Titius iudex esto. Si paret N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> sestertium decem milia, quibus de agitur, dare oportere, iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> sestertium decem milia condemna, si non paret, absolve.

De taak des rechters is hier geen andere, dan te onderzoeken, of de gedaagde volgens *ius civile* den eischer 10.000 sestertiën schuldig is. Blijkt dat zoo te zijn, hij zal hem moeten veroordeelen. Niets kan den gedaagde helpen,

---

<sup>1)</sup> *Condictio* is dus niet hetzelfde als *iudicium strictum*. *Iudicium strictum* is ruimer. Een *condictio* is steeds een *iudicium strictum*, maar niet elk *iudicium strictum* is een *condictio*. Zoo zijn de *actio ex testamento* en de *actio incerti ex stipulatu iudicia stricta*, maar geen *condictiones*. (Verg. Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 623; May, *Éléments de droit romain*, bl. 682)

Vroeger werden vaak de *condictiones* en de *iudicia stricta* als identiek beschouwd. Tweeërlei naam voor dezelfde zaak! Verg. o.a. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, V, bl. 503-646; von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, I, bl. 197, 205; Accarias, *Précis de droit romain*, II, bl. 999; von Wächter, *Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrechte*, II, bl. 43; Puchta-Krüger, *Cursus der Institutionen*, I, bl. 492.

Dit standpunt is thans prijsgegeven, vooral sinds Baron's vermaarde geschrift: *Die Conditionen*. Thans wordt de *condictio* veelal beschouwd als een *actio in personam* en *stricti iuris*, gericht op certa pecunia of alia certa res, terwijl in haar formula niet vermeld is de oorzaak, waaruit geeischt wordt. Verg. von Mayr, *Die Condictio des römischen Rechts*, bl. 129 vlg.; *Römische Rechtsgeschichte*, II, 1, bl. 121; Pernice, *Labeo*, III, 1, bl. 312; Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, bl. 230; Bonfante-Hamburger, *Grondbeginselen van het Romeinsche Recht*, bl. 124; Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 621; Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano*, Serie Seconda, *Il processo civile*, II, bl. 72 vlg..



zelfs niet een beroep daarop, dat het geld geleend is in strijd met het *Senatusconsultum Macedonianum*. De rechter mag daarmee geen rekening houden, om de eenvoudige reden, dat de praetor hem daartoe de bevoegdheid niet heeft geschonken. Het voorschrift luidt: veroordeel, indien blijkt, dat de een den ander 10.000 sestertiën schuldig is; spreek vrij, indien dit niet het geval is. Aan veroordeeling had de gedaagde slechts kunnen ontkomen, indien hij in iure, dat is, voor den praetor, een beroep had gedaan op het *Senatusconsultum Macedonianum*, en de praetor, in den vorm eener exceptie, den rechter uitdrukkelijk had gemachtigd daarop acht te slaan.

Iets ruimer is de bevoegdheid des rechters, wanneer het gaat om een alia certa res. De veroordeeling in het formulierproces is steeds een *condemnatio pecuniaria*<sup>1)</sup>. Hier heeft dus de rechter vast te stellen, hoe groot de som is, waartoe de schuldenaar moet veroordeeld worden<sup>2)</sup>.

Zeer uitgebreid is de bevoegdheid van den rechter bij de iudicia bonae fidei. Door de clausule *ex fide bona* wordt „der Geschworene von den Fesseln befreit, die ihn zur genauen Beobachtung der Formelworte genöthigt hatten.”<sup>3)</sup> Hij heeft niet slechts te onderzoeken, hetgeen de partijen werkelijk zijn overeengekomen, — veeleer is het zijn taak vast te stellen, hetgeen zij elkaar naar de regelen van het verkeer, de billijkheid en de goede trouw, verschuldigd zijn<sup>4)</sup>. Hij is daartoe verplicht, niet alleen bevoegd. Om-

<sup>1)</sup> Gaius, *Inst.* IV, 48: „Omnium autem formularum, quae condemnationem habent ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est.”

<sup>2)</sup> Verg. Puchta-Krüger, *Cursus der Institutionen*, I, bl. 488.

<sup>3)</sup> Aldus Wlassak, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, bl. 163.

<sup>4)</sup> Verg. Hijmans, *Romeinsch Verbintenissenrecht*, bl. 128-131 en Jörs, *System und Geschichte des römischen Privatrechts*, in *Birkmeyers's Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, bl. 121.



standigheden, ter zake dienende, niet uitdrukkelijk in de formula vermeld, moet hij in overweging nemen, want alleen dan zal hij een vonnis kunnen vellen overeenkomstig de bona fides: „tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio.”<sup>1)</sup> Kortom, hij heeft te beoordeelen, of de eisch overeenkomt met het aequum et bonum; of en in hoeverre deze, gelet op dien maatstaf, kan worden toegewezen.

Met deze ruime bevoegdheid van den rechter bij de iudicia bonae fidei hangen samen een aantal gewichtige praktische verschillen, tusschen deze acties en de iudicia stricta, waarvan wij de voornaamste hier willen behandelen.

#### *a. De iudicia bonae fidei en de excepties.*

Zooals wij hierboven reeds opmerkten, is de rechter bij de iudicia stricta steeds ten nauwste gebonden aan zijn instructie, de formula. Geen enkele omstandigheid, hetzij ten voordeele van den gedaagde, hetzij ten voordeele van den eischer, mocht hij in aanmerking nemen, tenzij daarop uitdrukkelijk door den praetor in de formula zijn aandacht was gevestigd. Hij mocht dus ook niet rekening houden met een exceptie, die eerst voor hem (in iudicio) werd opgeworpen en niet reeds door den praetor, op verzoek van den gedaagde, in de formula was vermeld. Hieruit volgt, dat het bij de iudicia stricta voor den gedaagde steeds zaak was, de exceptie voor den praetor (in iure) te berde te brengen, want zoo hij dit verzuimde, werd zij niet in de formula gevoegd en kon zij alzoo door den rechter niet in overweging worden genomen.

<sup>1)</sup> L. 6 D. III, 5.

De wijze, waarop de exceptio in de formula werd opgenomen, deelt Gaius <sup>1)</sup> ons mede. De praetor laschte de exceptie op zoodanige manier in de formula, dat daardoor de condemnatio werd afhankelijk gesteld van een (negatieve) voorwaarde; m. a. w., alleen dan mocht de rechter tot veroordeeling overgaan, wanneer de gedaagde de gegrondheid der exceptie niet kon bewijzen <sup>2)</sup>. Gelukte hem dit wel, dan moest vrijspraak volgen <sup>3)</sup>, hoewel toch de intentio gegrond was en dus, op zichzelf genomen, tot veroordeeling had moeten leiden. Want daarin schuilt juist het wezen der exceptie. Zij is een erkennen van het recht der tegenpartij, van de waarheid der intentio. De gedaagde erkent de juistheid van hetgeen de eischer beweert, maar hij voert daartegen omstandigheden aan, die de verwezenlijking van des eischers recht, hetzij voor altoos (exceptio peremptoria of perpetua), hetzij voor bepaalden tijd (exceptio

<sup>1)</sup> Gaius, *Inst.* IV, 119: „exceptio . . . ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem.”

Verg. ook *l.* 22 pr. *D.* XLIV, 1: „Exceptio est condicio” etc.

<sup>2)</sup> Want op den gedaagde rust hier de bewijslast.

Verg. *l.* 19 pr. *D.* XXII, 3: „In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere”; *l.* 1 *D.* XLIV, 1: „Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est.”

Zie ook *l.* 19 *C.* IV, 19; *l.* 9 *C.* VIII, 35.

<sup>3)</sup> Volgens sommigen moet steeds vrijspraak volgen, kan nimmer vermindering der pecuniaria condemnatio plaats hebben. Aldus o.a. Pernice, *Labeo*, II, 1, bl. 261 vlg..

De meesten daarentegen achten ook vermindering mogelijk. Aldus o.a. von Keller, *Der römische Civilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung*, bl. 179 vlg.; von Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, II, bl. 284; Dernburg, *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte*, bl. 199 vlg.; Wenger, in Pauly-Wissowa's *Real-Enzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaften*, s. v. *exceptio*.

In het bijzonder op *l.* 22, pr. *D.* XLIV, 1: „Exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem,” wordt door hen een beroep gedaan.



dilatoria of temporalis); hetzij geheel, hetzij gedeeltelijk verhinderen.

Een voorbeeld moge dit toelichten.

A en B zijn door middel eener stipulatie overeengekomen, dat A aan B 10.000 sestertiën zal geven. Daarnaast wordt echter door hen een pactum de non petendo gesloten, d. w. z. schuldeischer (B) verbindt zich die som nimmer in rechten te zullen opvorderen. Dit pactum doet echter volgens het ius civile geen vorderingsrecht ontstaan, en de schuldeischer (B) zou, zonder zich ook maar in het minst om het pactum te bekommeren, kunnen vorderen, met het gevolg, dat de schuldenaar veroordeeld werd. Om nu een dergelijk gevolg, geheel in strijd met het *aequum et bonum*, te voorkomen, gaf de praetor den schuldenaar, indien deze zich op het pactum beriep, een *exceptio pacti de non petendo*, strekkende om het doorzetten van des eischers recht, niettegenstaande het pactum de non petendo, te verhinderen <sup>1)</sup>. De volgende formulazal de praetor nugeven:

Titius iudex esto. Si paret N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> ex stipulatu decem milia sestertium, quibus de agitur, dare oportere (intentio), si inter N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> et A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> non convenit ne ea pecunia peteretur (exceptio), iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> decem milia sestertium condemna, si non paret, absolve.

Ipsa iure <sup>2)</sup> d. i. krachtens ius civile, volksrecht, is de

---

<sup>1)</sup> Dit voorbeeld is ontleend aan Gaius, *Inst.* IV, 116: „si pactus fuero tecum, ne id, quod mihi debeas, a te petam, nihilominus id ipso iure te petere possum dare mihi oportere, quia obligatio pacto convento non tollitur; sed placet, debere me petentem per exceptionem pacti conventi repelli.”

<sup>2)</sup> Zie over de beteekenis van *ipso iure* = volgens het ius civile, het volksrecht, in tegenstelling met het ius honorarium, het ambtsrecht: Wlassak, *Der Ursprung der römischen Einrede*, in het *Zeitschr.*

intentio volkomen waar, en zou de schuldenaar veroordeeld moeten worden. Maar de *aequitas* eischt, dat ook in dit geval een *pactum conventum* bindende kracht zal hebben. Daarom stelt de praetor, die bij uitstek het orgaan is, dat de beginselen der *aequitas* tot gelding tracht te brengen, de *condemnatio* afhankelijk van het bestaan van het *pactum de non petendo* (*exceptio pacti de non petendo*).

De schuldenaar moest er echter zorg voor dragen, van die exceptie reeds voor den praetor gebruik te maken. Verzuimde hij dit, niets zou hem van veroordeeling kunnen redden, want het bevel luidde eenvoudig: indien A de 10.000 sestertiën schuldig is, moet gij, rechter, hem veroordeelen. En daaraan heeft de rechter te gehoorzamen.

Geheel anders was het gesteld bij de *iudicia bonae fidei*. Krachtens den inhoud der formula (*ex fide bona*) had de rechter tot taak, acht te slaan op alles, wat de *bona fides* vorderde. En daar nu de excepties ten doel hadden, aan de beginselen der *bona fides* geldigheid te verschaffen; zij, gelijk uit Gaius blijkt, een reactie waren van de *aequitas* tegenover het *ius strictum*, dat soms tot onbillijkheden leidde<sup>1)</sup>, zoo volgt daaruit, dat de rechter ook rekening moest houden met een exceptie, die niet in de formula was opgenomen, maar eerst voor hem, in *iudicio*, werd opgeworpen. Dit is de beteekenis van den bekenden regel: *exceptio doli iudicii bonae fidei inest*<sup>2)</sup>.

*für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich*, 52ste Jaargang, bl. 121, n. 12.

Verg. Sohm, *Institutionen des römischen Rechts*, bl. 333.

<sup>1)</sup> Gaius, *Inst.* IV, 116: „Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur: saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit, eum iudicio condemnari.”

<sup>2)</sup> Verg. o. a. l. 21 D. XXIV, 3; l. 84 § 5 D. XXX, *de legatis*, 1; l. 7 § 6 D. II, 14; l. 3 D. XVIII, 5; *Vaticana Fragmenta*, 94.



Misschien zal iemand tegenwerpen, dat alleen gesproken wordt van de *exceptio doli*, en dat dus alle andere excepties in de formula moesten worden opgenomen, ook bij de *iudicia bonae fidei*, wilde de rechter daarmee rekening kunnen houden.

Deze tegenwerping is juist, voorzover zij betreft de *exceptio doli* in engeren zin (*exceptio doli praeteriti* of *specialis*, b.v. gedaagde werpt tegen, dat de eischer hem door bedriegelijke handelingen tot het aangaan der overeenkomst heeft bewogen).

Die *exceptio doli* gold slechts voor het geval, dat iemand zich bij het aangaan der overeenkomst aan bedrog schuldig maakte: si in ea re nihil doli mali factum sit. Maar de *exceptio doli* kon ook ruimer zijn en omvatte dan niet alleen de z.g. *exceptio doli praeteriti* of *specialis*, maar ook de z.g. *exceptio doli praesentis* of *generalis*: si in ea re nihil doli mali fiat. (Gaius, *Inst.* IV, 119)

*Dolus praesens* of *generalis* nu is steeds aanwezig, als iemand door te vorderen handelt in strijd met de goede trouw (*res ipsa in se dolum habet*: l. 36 D. XLV, 1); b. v. indien iemand vordert, terwijl hij weet, dat zijn eisch door een exceptie kan worden krachteloos gemaakt<sup>1)</sup>, of iets vraagt dat hij, zij het ook uit anderen hoofde, moet teruggeven<sup>2)</sup>. Maakt de gedaagde gebruik van de exceptie in laatstbedoelden zin, dan beroept hij zich op een handelen van den eischer in strijd met de *bona fides*; tracht hij van den rechter de toepassing van de beginselen der *aequitas* te verkrijgen. Maar dit is, gelijk wij boven

<sup>1)</sup> L. 2 § 5 D. XLIV, 4: „Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit: nam etsi inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat.”

<sup>2)</sup> L. 173 § 3 D. L, 17: „Dolo facit, qui petit, quod redditurus est.”

zagen, het doel van alle excepties. Dus omvat die exceptio doli alle andere excepties en wil de uitdrukking: exceptio doli iudiciis bonae fidei inest, niets anders zeggen dan: omnes exceptiones iudiciis bonae fidei insunt, m.a.w. alle tegenwerpingen van den gedaagde, die anders slechts in aanmerking komen, wanneer zij uitdrukkelijk als exceptio in de formula zijn opgenomen, kunnen bij de iudicia bonae fidei in acht worden genomen, al zijn zij eerst in iudicio opgeworpen<sup>1)</sup>.

*b. De iudicia bonae fidei en de pacta adiecta.*

Als regel gold in het klassiek Romeinsche recht, dat een nudum pactum, een „afpraak tusschen partijen, die noch in het ius civile was opgenomen, noch op een praetorische actie kon steunen”<sup>2)</sup>, geen verbintenis deed ontstaan. Het nudum pactum had geen rechtskracht in dien zin, dat daaruit een zelfstandig vorderingsrecht ontstond, maar dengene, die bij zulk een pactum betrokken was, werd door den praetor een exceptio pacti gegeven<sup>3)</sup>.

Ook een pactum, dat tusschen partijen tegelijk met de hoofdovereenkomst (pactum adiectum) werd aangegaan, had dus, in het algemeen gesproken, geen rechtskracht.

Is het echter aangegaan tegelijk met een contractus

---

<sup>1)</sup> Verg. over deze kwestie in het bijzonder Pernice, *Labeo*, II, 1, bl. 231 vlg.; Krüger, *Beiträge zur Lehre von der exceptio doli*, I; Birkmeyer, *Die Exceptionen im bonae fidei iudicium*, vooral § 17: *Exceptio doli inest b.f. iudiciis*.

<sup>2)</sup> Hijmans, *Romeinsch Verbintenissenrecht*, bl. 127.

<sup>3)</sup> *L. 7 § 4 D. II, 14*: „nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem”. Paulus, *Sententiae*, II, 14 § 1: „ex nudo enim pacto inter cives romanos actio non nascitur”. Verg. *l. 15 D. XIX, 5*; *l. 10 C. II, 3*; *l. 1 C. V, 14*.



bonae fidei, dan staat de zaak anders<sup>1)</sup>. De rechter heeft hier vast te stellen, wat de partijen elkaar naar billijkheid verschuldigd zijn. De billijkheid eischt nakoming van een overeenkomst, die partijen, zij het dan ook niet in den wettelijk voorgeschreven vorm, hebben aangegaan. „Quid enim,” vraagt Ulpianus<sup>2)</sup>, „tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?”

Het pactum adiectum contractui bonae fidei werd dus beschouwd als één met de hoofdovereenkomst, en de nakoming ervan werd gewaarborgd door de actie uit het hoofdcontract<sup>3)</sup>.

Bij de iudicia stricta kon van een dergelijken gang van zaken uiteraard geen sprake zijn. Hier was de rechter streng gebonden aan de voorschriften, in de formulagelegen. Hadden b.v. partijen een overeenkomst van mutuum aangegaan en daarnaast een (nudum) pactum de non petendo gesloten, dan kon de rechter daarmee geen rekening houden, indien de praetor eenvoudig voorschreef: veroordeel, indien blijkt, dat de schuldenaar aan schuldeischer inderdaad de beweerde som schuldig is, spreek vrij, indien dat niet het geval is. Slechts een exceptio pacti de non petendo, in de formula opgenomen, zal den praetor de bevoegdheid tot een dergelijke handelwijze kunnen schen-

<sup>1)</sup> *L. 7 § 5 D. II, 14*: „Quin imo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis.”

<sup>2)</sup> *L. 1 pr. D. II, 14*.

<sup>3)</sup> Maar het pactum moest zijn aangegaan tegelijk met de hoofdovereenkomst (ex continentia). Werde het eerst later gesloten (ex intervallo), dan werd het niet als deel van de hoofdovereenkomst beschouwd, en kon de actie uit de hoofdovereenkomst geen hulp bieden, maar de exceptio pacti conventi.

Verg. *L. 7 § 5 D. II, 14*; *L. 13 C. II, 3*.

ken <sup>1)</sup>. Maar daarmede werd aan het pactum slechts middellijk rechtskracht toegekend. Wilde men dus bij een *stricti iuris contractus* een nevenbeding maken, dat volledige rechtskracht zou hebben, dan moest men zorg dragen, dat te doen in den vorm eener stipulatie. Met de *actio ex stipulatu* kon dan nakoming daarvan worden gevraagd.

*c. De iudicia bonae fidei en de compensatio.*

Over het algemeen genomen, kenden de Romeinen oorspronkelijk slechts de vrijwillige compensatie. Gerechtelijke compensatie was alleen mogelijk bij de *iudicia bonae fidei*, mits de verbintenissen op grond waarvan compensatie werd gevraagd, uit dezelfde rechtsbetrekking waren ontstaan (*ex eadem causa*). Volgens de *Instituten* van Iustinianus <sup>2)</sup> zou een rescript van Marcus Aurelius ook bij de *iudicia stricta* compensatie hebben mogelijk gemaakt. De schuldenaar, die door zijn schuldeischer werd aangesproken, doch die zijnerzijds weer een vordering had op den schuldeischer, kon door het opwerpen eener *exceptio doli*, van den rechter de toepassing der compensatie vragen, mits overigens die vordering aan bepaalde voorwaarden voldeed. De compensatie was hier noodzakelijk *ex dispari causa*. De *stricti iuris contractus* waren steeds streng eenzijdig en lieten dus de mogelijkheid eener tegenvordering *ex eadem causa* niet open.

<sup>1)</sup> Tegen het einde van den klassieken tijd, toen de tegenstelling *iudicia bonae fidei* — *iudicia stricta* steeds meer aan scherpte begon te verliezen, ontstond de regel: *pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*, (Paulus, *libro tertio quaestionum*, l. 40 pr. D. XII, 1.

Ten aanzien van *mutuum*, verg. l. 12 C. IV, 32: „*Frumenti vel hordei mutuo dati accessio etiam ex nudo pacto praestanda est.*”

<sup>2)</sup> § 30 *Inst.* IV, 6.



Dezelfde regels, die de rechter in acht moest nemen, ten opzichte der excepties, gelden natuurlijk ook hier. Alleen dan mocht de rechter tot compensatie overgaan, wanneer de bevoegdheid daartoe hem uitdrukkelijk door den praetor was gegeven. De gedaagde moest ook hier zorg dragen, de exceptie in iure op te werpen.

Bij de iudicia bonae fidei was dit niet noodzakelijk. De rechter heeft hier krachtens het *ex fide bona* rekening te houden met hetgeen door de bona fides wordt geëischt. Welnu, het is ook een eisch der billijkheid, dat de rechter een beroep van den schuldenaar op compensatie, in overweging neemt. Want onbillijk is het, een schuldenaar te veroordeelen, die zijnerzijds een vordering heeft op den schuldeischer.

Dat dit inderdaad de Romeinsche opvatting was, blijkt wel uit de uitdrukking: *aequitas compensationis*, die wij verschillende malen in de bronnen ontmoeten <sup>1)</sup>. Maar de rechter is niet verplicht tot compensatie over te gaan. Hij kan dat weigeren, indien de bona fides zich ertegen verzet. De praetor immers heeft hem door zijn formula, met de clausule *ex fide bona*, daartoe de bevoegdheid geschonken. Acht hij het billijk, het beroep op compensatie toe te staan, dan kan, dan moet hij dat doen. Maar is dat niet het geval, dan mag hij nimmer compensatie toepassen <sup>2)</sup>.

Het is hier de plaats om er op te wijzen, dat door som-

---

<sup>1)</sup> Verg. o. a. *l.* 36 *D.* XXVI, 7; *l.* 15 *D.* XXXIV, 9; *l.* 18, pr. *D.* XVI, 2; *l.* 5 *C.* IV, 31; *l.* 1 *C.* V, 21.

<sup>2)</sup> Gaius, *Inst.* IV, 63; „*Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae verbis praecipitur; sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur.*”

mige schrijvers<sup>1)</sup> een ruim begrip van iudicium bonae fidei wordt gehuldigd. Zij achten verwerpelijk de, ongetwijfeld overheerschende<sup>2)</sup>, opvatting, dat alleen die acties tot de iudicia bonae fidei behoorden, in welker formula de woorden ex fide bona werden gevonden. Volgens hen wordt de uitdrukking iudicium bonae fidei, nu eens in ruimeren, dan weer in engeren zin gebezigd.

In engeren zin zou dan iudicium bonae fidei slechts omvatten die acties, welke de clausule ex fide bona in de formula hadden. In dezen zin zou Gaius zich van dat begrip hebben bediend in zijn catalogus der iudicia bonae fidei (*Inst.* IV, 62).

Daarentegen zouden onder de iudicia bonae fidei, in ruimeren zin opgevat, ook vallen enkele acties, die de toevoeging ex fide bona in de formula misten.

Dit standpunt wordt vooral door Wlassak<sup>3)</sup> verdedigd. Ter staving van zijn bewering voert deze schrijver aan, dat Ulpianus in *l. 30 ad Edictum* (*l. 1 § 23 D. 16 3*) de actio depositi een bonae fidei actie noemt, en in zulk een verband, dat slechts de actio depositi in factum bedoeld kan zijn. Volgens Ulpianus zou dus de actio depositi

---

<sup>1)</sup> Verg. o.a. Wlassak, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, bl. 2 vlg.; Dernburg, *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte*, bl. 47, n. 1; Ubbelohde, *Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species*, bl. 20, n. 10.

<sup>2)</sup> Verg. o.a. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, V, bl. 473, 480; Puchta-Krüger, *Cursus der Institutionen*, I, bl. 492 vlg. en 492, n. ss; von Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, II, bl. 281; von Wächter, *Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrechte*, II, bl. 44, 45; von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, I, bl. 197; Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 1036; May, *Éléments de droit romain*, bl. 680; Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, bl. 856.

<sup>3)</sup> *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, bl. 3.



in factum een bonae fidei actie zijn, hoewel zij de clausule ex fide bona in de formula miste, want deze kan slechts voorkomen, — ook Wlassak neemt dit aan — in een formula in ius.

Als tweede argument brengt hij naar voren, de mededeeling in de Instituten van Iustinianus, § 28 *Inst.* IV, 6, dat twijfel bestond over de vraag, of de hereditatis petitio al of niet tot de iudicia bonae fidei behoorde. Welnu, zoo zegt hij, indien werkelijk dan alleen van een iudicium bonae fidei sprake kan zijn, wanneer in de formula de clausule ex fide bona wordt gevonden, hoe kon dan twijfel bestaan, aangaande het al of niet bona fide karakter der hereditatis petitio? De praetor nam immers het formulier der actie in zijn album op, en dit album werd openlijk ten toongesteld. Bevatte nu het formulier der actie de woorden ex fide bona, dan was het een iudicium bonae fidei. Kortom, indien het ex fide bona de conditio sine qua non was geweest voor een iudicium bonae fidei, zou twijfel nimmer gerezen zijn aangaande het karakter der hereditatis petitio.

Hoe zwaarwichtig deze argumenten ook mogen schijnen, meenen wij toch te dezen aanzien, het voetspoor van von Savigny te moeten blijven volgen, en alleen dan een actie tot de iudicia bonae fidei te mogen rekenen, wanneer aan de intentio van haar formula de woorden ex fide bona zijn toegevoegd, en wel op grond van de volgende overwegingen.

Wat het eerste argument betreft, is zeer zeker de vraag gewettigd, of wij in *l. 1 § 23 D. XVI, 3*<sup>1)</sup> niet met een inter-

<sup>1)</sup> Zie over deze plaats o. a. Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, bl. 106, 107; Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, bl. 280 n. 5; *Palingenesia iuris civilis*, II, bl. 614; *Bespreking van Gradenwitz'*

polatie te doen hebben. Want bezwaarlijk valt aan te nemen, dat Ulpianus daar, handelende over de actio depositi in factum, — hieromtrent bestaat geen twijfel — schreef:

Hanc actionem bonae fidei esse, dubitari non oportet.

Kon een klassiek jurist een actio in factum onder de iudicia bonae fidei rangschikken, en aldus een ruimere opvatting van die acties voorstaan? Is dan nergens elders een uitspraak te vinden, die steun kan verleenen aan het vermoeden, dat dit inderdaad het geval was?

Men zou zich hiervoor alleen kunnen beroepen op l. 3 § 2 D. XIII, 6 (Ulpianus l. 28 ad Edictum):

In hac actione, sicut in ceteris bonae fidei iudiciis, similiter in litem iurabitur, et rei iudicandae tempus, quanti ea res sit, observatur, quamvis in stricti litis contestatae tempus spectetur<sup>1)</sup>.

---

*Interpolationen in den Pandekten*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stift. für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., IX, bl. 180; Taubenschlag, *Zur Geschichte des Hinterlegungsvertrages im römischen Recht*, in het *Zeitschr. für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, XXXV, bl. 142 vlg.; Segrè, *Sull' età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno*, in de *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, VI, bl. 336, n. 2; Longo, *Sopra alcune generalizzazioni giustiniane in materia di giudizi di buona fede*, in de *Studi senesi in onore di Luigi Moriani*, I, bl. 202 en 202, n. 1.

<sup>1)</sup> Zie over deze plaats o. a. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, V, bl. 190, 201, 204; Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, II, bl. 580; *Das Edictum Perpetuum*, bl. 246, n. 1; Pernice, *Labeo*, II, 1, bl. 155, n. 1; Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in het *Archivio Giuridico*, LII, bl. 475, n. 1; Longo, *Sopra alcune generalizzazioni giustiniane in materia dei giudizi di buona fede*, in de *Studi senesi in onore di Luigi Moriani*, I, bl. 197 vlg.; Segrè, *Sull' età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno*, in de *Studi in onore di Carlo Fadda*, VI, bl. 336, en n. 2; Taubenschlag, *Zur Geschichte des Hinterlegungsvertrages im römischen Recht*, in het *Zeitschr. für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, XXXV, bl. 144 vlg.; Arangio-Ruiz, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, bl. 20.



Ook deze plaats heeft betrekking op de *actio in factum*. Evenwel kunnen wij ons moeilijk voorstellen, dat hetgeen wij daar lezen, door Ulpianus geschreven is. Het eerste en tweede gedeelte van den tekst toch, zijn in flagrante tegenspraak met elkander. Eerst wordt gezegd: deze actie is een *bonae fidei actio* (*sicut in ceteris bonae fidei iudiciis*); dus is hier, gelijk bij alle andere *bonae fidei acties*, een *iusiurandum in litem* toegelaten. Daarna: deze actie is een *iudicium strictum*, maar desnietteenstaande wordt bij de beoordeeling van het quantum der verschuldigde *praestatie* de *tempus rei iudicandae* in aanmerking genomen, en niet, zooals bij de andere *iudicia stricta*, de *tempus litis contestatae*.

Hoe nu deze tegenspraak te verklaren? Slechts door met Taubenschlag en Segrè aan te nemen, dat de woorden: „*sicut in ceteris bonae fidei iudiciis, similiter*”, geïnterpoleerd zijn. Wij kregen dan deze lezing:

In hac actione in litem iurabitur, et rei iudicandae tempus, quanti ea res sit, observatur, quamvis in stricti litis contestatae tempus spectetur.

De zaak is thans duidelijk. Uit deze plaats valt niets anders te leeren, dan dat bij de *actio commodati in factum* het strenge karakter langzamerhand werd verzacht, en aan haar enkele voorrechten werden toegestaan, die oorspronkelijk slechts golden bij de *iudicia bonae fidei*, doch aan de *iudicia stricta* vreemd waren.

Anders gezegd: Ulpianus laat ons hier door een voorbeeld zien, hoe de tegenstelling tusschen *iudicia bonae fidei* en *iudicia stricta* langzamerhand een minder scherp karakter begon aan te nemen <sup>1)</sup>; maar geenszins is, uit het

---

<sup>1)</sup> Verg. Taubenschlag, *Zur Geschichte des Hinterlegungsvertrages*

door hem beweerde, het bewijs te halen van de opvatting, dat het begrip *iudicium bonae fidei* zoozeer was verruimd, dat daaronder een *actio in factum* viel en deze in alle opzichten met de *iudicia bonae fidei* werd gelijkgesteld.

Het eenige argument, dat de tegenstanders tot steun voor hun opvatting zouden kunnen aanvoeren, ontvalt hun hiermee. En het vermoeden van Gradenwitz, dat *l 1 § 23 D. XVI, 3* geïnterpoleerd is, wint aan waarschijnlijkheid. Inderdaad, valt niet licht aan te nemen, dat Ulpianus, midden in zijn commentaar op de *actio depositi in factum*, plotseling, zonder eenigen samenhang met zijn uiteenzettingen, de opmerking gemaakt heeft, dat zij een *bonae fidei* actie was. Voegt men dan nog daarbij den bevelenden vorm <sup>1)</sup>, waarin deze opmerking gekleed is, of zooals Segrè het uitdrukt, de „*forma sentenziosa, e direi quasi, imperiosa... dubitari non oportet*,” dan bestaat o. i. alle grond, de bewering: *hanc actionem bonae fidei esse dubitari non oportet*, op rekening van Iustinianus en zijn Commissie te schrijven. Juist van het standpunt der Compilatoren uit, is deze tekst zeer goed verklaarbaar. De tegenstelling van *actio in factum* en *actio in ius* geldt voor hen niet meer <sup>2)</sup>. Zij kennen slechts één *actio depositi*. Zeer juist is hetgeen Segrè hiervan zegt: „*L'identificazione in entrambi „i casi coi b.f. iudicia si spiega perfettamente dal punto „di vista del diritto giustiniano, ove si è cercato di rifondere in un regime uniforme il trattamento giuridico proprio di ciascuna delle due formole.*”

---

*im römischen Recht*, in het *Zeitschr. für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, XXXV, bl. 145.

<sup>1)</sup> Verg. Bonfante-Hamburger, *Grondbeginselen van het Romeinsche Recht*, bl. 4.

<sup>2)</sup> Verg. o. a. Puchta-Krüger, *Cursus der Institutionen*, I, bl. 573.



Toen nu de Compileratoren bij de samenstelling der Digesten zagen, dat Ulpianus sprak over de actio depositi, voegden zij in hun te grooten ijver, daar aan toe, dat het een bonae fidei actie was, daarbij evenwel niet bedenkende, dat het Ulpianus was, die daar sprak, en wel van de actio in factum, en dat in zijn tijd wel degelijk onderscheid bestond tusschen de actio depositi in factum en die in ius, daar de eerste een strenge, de tweede een vrije actie was<sup>1)</sup>.

Thans komen we aan het tweede argument der tegenstanders. In § 28 *Inst.* IV, 6<sup>2)</sup> wordt gezegd, ten aanzien der hereditatis petitio:

quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei iudicia connumeranda sit sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei disposuit.

Hoe kon ooit twijfel aangaande het karakter der hereditatis petitio mogelijk zijn, zoo vraagt Wlassak, indien een actie dan alleen een bona fidei actie is, wanneer zij de clause ex fide bona in de formula heeft?

Vooraf zij hier opgemerkt, dat het niet onze bedoeling is te ontkennen, dat Iustinianus een ruimer opvatting omtrent de iudicia bonae fidei huldigde, dan de Classici; dat in zijn catalogus ook acties gevonden worden, die zonder twijfel de clause ex fide bona misten. Maar daarmede is het bewijs nog niet geleverd, dat de klassieke juristen

---

<sup>1)</sup> In gelijken zin Longo, *Sopra alcune generalizzazioni giustinianee in materia dei giudizi di buona fede*, in de *Studi senesi in onore di Luigi Moriani*, I, bl. 199: „La causa dell' emblema è da ricercarsi nel fine perseguito da Giustiniano di fondere le due azioni del diritto classico in una sola azione di commodato che, come risulta dal § 28 *Inst.* 4, 6, dev' esser sempre di buona fede.”

Verg. ook Bonfante-Hamburger, *Grondbeginselen van het Romeinsche Recht*, bl. 123, n. 2.

<sup>2)</sup> Verg. *l.* 12 § 3 *C.* III, 31.

een ruimer begrip kenden. Niemand zal toch willen tegen spreken, dat het Iustiniaansche recht geen Romeinsch recht meer was <sup>1)</sup>. Het was Romeinsch recht, ja, maar van allerlei Byzantijsche bestanddeelen doortrokken, Romeinsch-Byzantijsch recht, niet meer het Romeinsche recht.

En dan, die twijfel, welke adhuc bestond en waaraan door Iustinianus een einde werd gemaakt, — wanneer was die ontstaan? Reeds in den klassieken tijd? Wlassak schijnt het te meenen; hij blijft echter in gebreke, klassieke juristen op te noemen, bij wie die twijfel tot uiting kwam. Zoolang niet duidelijk is aangetoond, dat reeds onder de klassieke juristen dergelijke twijfelaars te vinden waren, mag o. i. slechts aangenomen worden, dat die twijfel van na-klassieken tijd dateert. Toen was hij mogelijk. Toen had de tegenstelling van iudicia bonae fidei en iudicia stricta, al haar scherpte verloren; was het begrip iudicium bonae fidei verruimd <sup>2)</sup>.

Maar nog eens, men gaat te ver, als men, gelijk Dernburg <sup>3)</sup> meent, dat ten tijde van Ulpianus reeds het begrip iudicium bonae fidei een materieel ruimere betekenis had gekregen. Als voorbeeld voert deze schrijver aan de actio communi dividundo, die door Ulpianus <sup>4)</sup>

<sup>1)</sup> Verg. o. a. Sohm, *Institutionen des römischen Rechts*, bl. 135; Wenger, *Das Recht der Griechen und Römer*, in *Hinneberg's Kultur der Gegenwart*, T. II, Abt. VII, 1, bl. 154 vlg..

<sup>2)</sup> Verg. Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*, bl. 871; Wlassak, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, bl. 162, n. 10; von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, I, bl. 104, 105; Dernburg, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte*, bl. 192, 193; von Wächter, *Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrechte*, II, bl. 41.

<sup>3)</sup> *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte*, bl. 47, n. 1.

<sup>4)</sup> L. 4 § 2 D. X, 3.



en Paulus<sup>1)</sup>, en de actio familiae erciscundae, die door Gordianus<sup>2)</sup> als iudicia bonae fidei werden betiteld, hoewel zij toch volgens hem de clausule ex fide bona misten. Wij echter, die het voorrecht genieten gebruik te kunnen maken van Lenel's meesterlijke *Edictum Perpetuum*, weten, dat en de actio communi dividundo, en de actio familiae erciscundae wel degelijk een dergelijke toevoeging hadden.

Wij kunnen alzoo niet anders dan aannemen, dat naar klassiek, naar Romeinsch recht, alleen die acties bonae fidei iudicia waren, welke zich mochten verheugen in een formula met de toevoeging ex fide bona.

Wel beginnen reeds gedurende de klassieke periode iudicia bonae fidei en iudicia stricta elkaar in zekere mate te naderen, getuige de hierboven besproken plaats van Ulpianus. Echter in slechts enkele opzichten, en terwijl de begrippen volkomen intact bleven; d.w.z. het strenge karakter der iudicia stricta werd meer en meer getemperd, maar het vereischte voor een iudicium bonae fidei: de clausule ex fide bona, bleef gehandhaafd. Die ontwikkeling duurde voort en vond in het Iustiniaansche recht haar voltooiing. Iustinianus huldigde inderdaad een ruimer opvatting aangaande het karakter der iudicia bonae fidei. Zoo toch alleen is verklaarbaar, dat hij een actio in rem, de hereditatis petitio, die noodzakelijkerwijze de clausule ex fide bona in de formula miste<sup>3)</sup>, benevens een actie,

<sup>1)</sup> L. 14 § 1 D. X, 3.

<sup>2)</sup> L. 9 C. III, 36.

<sup>3)</sup> Aldus ook Puchta-Krüger, *Cursus der Institutionen*, I, bl. 492, n.ss.: „Iustinian's Institutionen setzen eine in rem actio, die hereditatis petitio, unter die bonae fidei iudicia, sie bemerken aber, dasz es ungewisz gewesen sei, ob sie diese Eigenschaft habe, bis endlich der Kaiser diesen Zweifel durch eine Constitution beseitigt habe (L. 12, C. de H. P. 3, 31). Daraus eben geht hervor dasz sie

die volgens klassiek recht zonder twijfel een iudicium strictum was: de actio ex stipulatu (tot teruggave der dos), een plaats inruimde onder de iudicia bonae fidei.

---

kein wahres b.f. iudicium, bei dem jener Zusatz in die Formel kam, sein konnte."

Vlg. ook Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 1036; Accarias, *Précis de droit romain*, II, bl. 1004.



## AFDEELING II.

### GESCHIEDENIS VAN DE IUDICIA BONAE FIDEI.

---

#### Inleiding.

Na in de vorige afdeeling het karakter der iudicia bonae fidei te hebben behandeld, willen wij thans hun geschiedenis nagaan.

Vooropgesteld zij, dat een nauwkeurige vaststelling van het tijdstip van hun ontstaan tot nog toe door niemand is gegeven, wijl de gegevens daartoe ontoereikend waren. Hoop op een betere toekomst bestaat evenmin. Wel werd in de laatste tientallen jaren menige gelukkige vondst gedaan in den vorm van papyrus en inschrift, en werd ons, met name door de Egyptische papyri, menige belangrijke bijdrage geschonken tot diepere kennis van het Romeinsche recht. Echter hebben die allen slechts betrekking op de periode der cognitio extraordinaria, hetgeen begrijpelijk is, daar de ordo iudiciorum privatorum in Romeinsch-Egypte nooit heeft gegolden<sup>1)</sup>.

Wij zouden daarom het vraagstuk ruimer willen stellen

---

<sup>1)</sup> Verg. Mitteis-Wilcken, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyrskunde*, Zweiter Band, Juristischer Teil, Erste Hälfte: Grundzüge von Ludwig Mitteis, bl. 23.

en wel aldus: *bestonden de iudicia bonae fidei reeds vóór de lex Aebutia of eerst daarna?*

Evenwel is ook deze vraag op zichzelf niet voor een zekere beantwoording vatbaar. Ook daarvoor ontbreken de noodige gegevens. Wel kan op enkele plaatsen in de bronnen worden gewezen, — wij denken hier bijv. aan het arbitrium venditi bij Sextus Aelius —, die tot het vermoeden hebben aanleiding gegeven, dat de iudicia bonae fidei reeds vóór de lex Aebutia bestonden. Meer is het echter voor velen niet. Zulk een vermoeden komt eerst tot waarschijnlijkheid, zoodra men aanneemt, dat de vrije rechtsvorming te Rome reeds vóór de lex Aebutia inter cives plaats greep; dat toen reeds door den praetor actiones in factum werden gegeven.

De iudicia bonae fidei toch, althans die, welke aan Cicero <sup>1)</sup> bekend waren, zijn iudicia sine lege; danken hun ontstaan niet aan de wet, maar aan de rechtsmacht van den praetor. Zij bestonden oorspronkelijk niet als actiones civiles, maar als praetorische acties, actiones in factum <sup>2)</sup>.

Huldigt men nu de opvatting, dat de praetor de bevoegdheid tot het geven van actiones in factum, die hij stellig na de lex Aebutia had, reeds daarvóór bezat, dan spreekt men zich tevens uit ten gunste van de mogelijkheid van het ontstaan der iudicia bonae fidei vóór de lex Aebutia. Ontzegt men daarentegen den praetor alle rechtscheppende bevoegdheid vóór die wet, dan kan men nimmer

<sup>1)</sup> *De Officiis*, III, 15 § 61: „Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut in tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoria, et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona.”

<sup>2)</sup> Verg. o. a. Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, II, bl. 302, n. 10; Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, bl. 48; Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Diokletian*, I, bl. 50.



de opvatting voorstaan, dat de iudicia bonae fidei, immers door hem gegeven, te dien tijde reeds bestonden.

En voorts, neemt men aan, dat vóór de lex Aebutia ook inter cives van de formula werd gebruik gemaakt, een procesmiddel, niet berustend op de wet, maar op het imperium van den magistraat, dan kan men zeker geen twijfelachtig standpunt innemen ten opzichte van de vraag, of ten aanzien van de iudicia bonae fidei een procedure per formulas mogelijk was. Daarentegen is degene, die het formulierproces inter cives vóór de lex Aebutia verwerpt, verplicht het bestaan der iudicia bonae fidei vóór die wet te loochenen. Want een derde modus agendi schijnt den Romeinen niet bekend te zijn geweest.

Intusschen is de hierboven aangegeven tegenstelling die, welke thans uitsluitend de geesten bezighoudt. Het is de controvers, die in Girard <sup>1)</sup> eenerzijds, in Wlassak <sup>2)</sup> anderzijds haar belichaming vindt. Beiden nemen aan, dat de iudicia bonae fidei oorspronkelijk niet als iudicia ex lege, maar als iudicia sine lege bestonden. Echter ontkent Girard ten eenenmale het bestaan van die iudicia vóór

<sup>1)</sup> Girard heeft zijn standpunt verdedigd in de volgende werken: *La date de la loi Aebutia*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, *Rom. Abt.*, XIV, bl. 1—54 = *Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XXI, bl. 249 vlg.; *Nouv. observations sur la date de la loi Aetibutia*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, *Rom. Abt.*, XXIX, bl. 113 vlg.; *l'Organisation judiciaire des Romains*, I, bl. 193 vlg.; *Manuel de droit romain*, op verschillende plaatsen.

<sup>2)</sup> Wlassak heeft zijn leer uitgewerkt in de volgende geschriften: *Römische Prozessgesetze*, in het bijzonder II, bl. 300 vlg.; *Der Ursprung der römischen Einrede*, in het *Zeitschr. für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich*, 52ste jaargang; *Zur Geschichte der Cognitur*, bl. 59; *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, *Rom. Abt.* XXV, bl. 81 vlg.; XXVIII, bl. 1 vlg..

de lex Aebutia<sup>1)</sup>, daar toen uitsluitend de legis actiones heerschten en van een procedure per formulas en actiones in factum geen sprake kon zijn. Daarentegen leert Wlassak<sup>2)</sup>, en met hem in het bijzonder Mitteis<sup>3)</sup>, dat de iudicia bonae fidei zeer wel vóór de lex Aebutia konden bestaan, daar de vrije rechtsmacht van den praetor evenzeer vóór, als na de lex Aebutia erkend was, en de bewering, dat tot deze wet de praetor in het proces een geheel lijdelijke rol vervulde, in strijd is „mit dem Recht und der Geschichte der römischen Magistratur.“<sup>4)</sup>

Volledigheidshalve dient er daarom op gewezen te worden, dat in vroegere jaren nog andere opvattingen over deze kwestie bestonden. Uitgaande van het civiel-rechtelijk karakter van de iudicia bonae fidei leerde von Keller<sup>5)</sup>, dat zij reeds als legis actiones bestonden en door middel der legis actio per iudicis arbitrive postulationem werden geldende gemaakt. Daartegenover meenden anderen, eveneens steunende op het civielrechtelijk karakter dezer acties, dat zij eerst na de lex Aebutia konden bestaan.

<sup>1)</sup> Verg. *Manuel de droit romain*, bl. 533, n. 4, 1036, n. 4; *La date de la loi Aebutia*, in de *Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XXI, bl. 255; *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, *Rom. Abt.*, XXIX, bl. 152/153.

<sup>2)</sup> *Römische Prozessgesetze*, II, bl. 302, n. 10 j.to bl. 303 vlg..

<sup>3)</sup> *Römisches Privatrecht bis auf Diokletian*, I, bl. 38 vlg., in het bijzonder bl. 44 en 50.

<sup>4)</sup> Aldus Wlassak, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, *Rom. Abt.*, XXVIII, bl. 98, n. 2.

<sup>5)</sup> *Der römische Civilprozess und die Actionen in summarischer Darstellung*, § 7 en 17.

In gelijken zin von Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, I, bl. 62 vlg., II, bl. 277 vlg.; Huschke, *Die Multa und das Sacramentum*, bl. 393 vlg.; Schmidt, *Über die legis actio per iudicis postulationem*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, *Rom.*, *Abt.*, II, bl. 150.



Want in het systeem der legis actiones was voor hen geen plaats, zoo beweerden deze schrijvers, en tot de lex Aebutia hebben de legis actiones de alleenheerschappij gevoerd. Eerst na de invoering van het formulierenproces, of, wat voor hen hetzelfde is, eerst na de lex Aebutia, konden dus de iudicia bonae fidei ontstaan zijn <sup>1)</sup>.

Een, van de vorige meeningen afwijkend standpunt, neemt Demelius <sup>2)</sup> in. Na er op gewezen te hebben, dat von Keller's opvatting terecht gewraakt is, beweert hij, dat de iudicia bonae fidei zich veeleer aansluiten bij de legis actio per condictionem. In het bijzonder zou Gaius, *Inst.* IV, 33, een aanwijzing in die richting bevatten. Overigens hangt Demelius' opvatting ten nauwste samen met de theorie, welker grondslag reeds door von Keller <sup>3)</sup> werd gelegd, en die later door Eisele <sup>4)</sup> verder werd uitgewerkt, dat „der Gedanke der Formel innerhalb des Verfahrens per condictionem Anwendung fand.“ In beginsel staat hij op hetzelfde standpunt als Bekker <sup>5)</sup>, die

<sup>1)</sup> Op dit standpunt staan de meeste oudere schrijvers voorzoover zij von Keller's theorie verwerpen. Overigens wordt zelden het vraagstuk van de *geschiedenis* der iudicia bonae fidei door hen behandeld en hun standpunt te dien opzichte uitgesproken.

Verg. o.a. Puchta-Krüger, *Cursus der Institutionen*, I, bl. 492; Ubbelohde, *Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species*, bl. 80—86 en 82, n. 130.

<sup>2)</sup> *Plautinische Studien*, in het *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, II, bl. 236 vlg. Verg. ook Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, II, § 227; Baron, *Abhandlungen aus dem römischen Civilprozess*, I, *Die Conditionen*, bl. 199 vlg..

<sup>3)</sup> *Der römische Civilprozess und die Actionen in summarischer Darstellung*, bl. 95 (§ 18).

<sup>4)</sup> *Die materielle Grundlage der Exceptio*, bl. 154 vlg..

<sup>5)</sup> *Der Legisactionsprocesz mit Formeln zur Zeit Cicero's*, in het *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, V, bl. 341 vlg.; *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, bl. 89 vlg..

Verg. Jobbé-Duval, *Explication du no. 173 du livre 1 du „De*

een „Legisaktionenprocesz mit Formeln” aanneemt. Slechts bestaat dit verschil, dat, volgens Bekker, de formulae bij alle legis actiones voorkwamen, volgens Demelius alleen bij de legis actio per conductionem.

Keeren wij, na deze kleine excursie, terug tot ons uitgangspunt. De gegevens in de bronnen zijn, zoo zeiden wij, op zichzelf te onzeker, om op grond daarvan de vraag, of de iudicia bonae fidei vóór of na de lex Aebutia zijn ontstaan, te beantwoorden. Eerst is noodig, dat men een standpunt kiest ten opzichte van de ontwikkeling der praetorische rechtsvorming. Wij willen daarom in het volgende hoofdstuk nagaan de beteekenis, die de lex Aebutia heeft gehad voor het praetorisch recht. Daarna komt dan de geschiedenis van de iudicia bonae fidei aan de orde.

---

*Oratore*” de Cicéron, in de *Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XXIX, bl. 16, n. 1.



## HOOFDSTUK I.

### LEX AEBUTIA EN PRAETORISCH RECHT.

---

#### § 1. Algemeene opmerkingen.

De beteekenis van de *lex Aebutia*, zoowel voor de afschaffing der *legis actiones*, als voor de invoering der *formulae*, is in den loop der jaren steeds een twistappel geweest en heeft vele vooraanstaande Romanisten tegen elkaar in het harnas gejaagd.

Niet gering was het aantal der vragen, die bij deze kwestie werden opgeworpen. En de onderling meest uiteenlopende antwoorden werden gegeven; een gevolg vooral van het karige bronnenmateriaal, dat ter beschikking stond.

Hoedanig was de verhouding tusschen de *lex Aebutia* en de *leges Iuliae*? Schafte de *lex Aebutia* de *legis actiones* af, en voerden de *leges Iuliae* de *formulae* in? Werd zoowel door de *lex Aebutia*, als door de *leges Iuliae* een gedeelte der *legis actiones* afgeschaft en een gedeelte der *formulae* ingevoerd? En komt het leeuwenaandeel in de proceshervorming toe aan eerstgenoemde wet, of aan de *leges Iuliae*?

Ziehier een reeks van vragen, die alle een zeer verschillende beantwoording vonden. Zoo acht — om een voorbeeld te geven — von Bethmann Hollweg<sup>1)</sup> de *lex*

<sup>1)</sup> *Der römische Civilprozess*, II, bl. 5, n. 3.

Aebutia van veel belangrijker en van veel verder gaande strekking, dan de *leges Iuliae* op grond van het feit, dat Gellius en zijn „juristischer Freund” de *leges Iuliae* stilzwijgend voorbijgaan, terwijl omgekeerd Bekker <sup>1)</sup> geneigd is, aan deze wetten den voorrang toe te kennen, en de *lex Aebutia* te beschouwen, hetzij als „eine Altersgenossin der *leges Iuliae*, einen integrierenden Theil des Iulischen Proceszgesetzbung”, hetzij als „ein älteres Gesetz von geringerer Bedeutung.”

Waarover men echter van meening mocht verschillen, één ding werd in vroeger jaren vrijwel algemeen als vaststaande aangenomen; gold bijna als een axioma; te weten, dat vóór de *lex Aebutia* van een zelfstandig in het proces optreden van den praetor, qui inter cives ius dicit, geen sprake was. Geen procedure per formulas, geen *ius dene-gandi actionem*, geen *actiones in factum*, kortom, geen enkele bevoegdheid tot iets, dat ook maar eenigszins den praetor de gelegenheid zou schenken, zelfstandig op te treden.

Met recht kon dan ook von Ihering in 1856 schrijven: „Es steht unter allen Kundigen fest, dasz mit dem Formularprocesz, eine neue Ära für das römische Recht beginnt, nicht etwa bloss für den Procesz, sondern auch für das materielle Recht. Erst mit diesem Zeitpunkt fängt jene Rechtsquelle an zu fliesen, die für das ganze Recht eine Quelle neuen Lebens werden sollte — das prätorische Edict. Es ist nicht Zufall, das dies erst jetzt geschah; das Legisactionensystem und das Edikt waren unverträglich mit einander. Im alten Procesz waren dem Prätor die Hände gebunden, er war nichts als ein Stück der Maschine — er in ihrer Gewalt, sie nicht in der

<sup>1)</sup> *Der Legisactionsprocesz mit Formeln zur Zeit Cicero's*, in het *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, V, bl. 342.



„seinigen; erst das Formularverfahren gewährte ihm jene „Freiheit der Bewegung, welche die wesentliche Bedingung „seiner rechtsbildnerischen Thätigkeit bildete.” <sup>1)</sup>

De praetor zou toen die weinig aanlokkelijke rol hebben vervuld, waarover, naar men <sup>2)</sup> meende, door Cicero <sup>3)</sup> op zoo schampere wijze wordt gesproken, als hij zegt:

Praetor interea ne pulchrum se ac beatum putaret  
atque aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei quoque  
carmen compositum est, cum ceteris rebus absurdum  
tum vero in illo,

een uiting overigens, die niet de beteekenis heeft, welke door velen daaraan wordt gehecht, maar alleen schijnt te zijn bedoeld, als een bespotting van de juristen en pontifices, die in hun ijver zulke „absurda carmina” hadden samengesteld, zelfs voor den praetor.

Burgerproces slechts in den vorm der legis actio en voor niet-burgers rechtsbescherming door den magistraat, tot de lex Aebutia, was het devies der oudere Romanisten <sup>4)</sup>.

Het gezag dezer beschouwing is zeer gedaald, waar-toe vooral Wlassak's *Römische Prozessgesetze*, waarvan het eerste deel in 1888, het tweede in 1891 verscheen, veel heeft bijgedragen. „Einen der Ueberlieferung schnur-

<sup>1)</sup> *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II, 2e Abt., bl. 649.

<sup>2)</sup> Verg. b.v. Puchta-Krüger, *Cursus der Institutionen*, I, bl. 189 en 189, n. 1; Girard, *Nouv. observations sur la date de la loi Aebutia*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXIX, bl. 131 en 131, n. 1; von Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II, 2e Abt., bl. 649 en 649, n. 897.

<sup>3)</sup> *Pro Murena*, 12 § 26.

<sup>4)</sup> Verg. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Diokletian*, I, bl. 45.

stracks wederstreitenden Satz" noemde hij haar. Daartegenover betoogt hij: „ohne Zweifel ist das Imperium genau „so alt wie die Gemeinde Rom, die Beamtenwillkür also „mit den provisorischen Ordnungen, die sie schafft, keine „spätere Einrichtung, sondern das Ursprüngliche, älter als „die den Magistrat bindende Lex." <sup>1)</sup> Reeds spoedig mocht hij zich in grooten bijval verheugen, en thans kan zijn leer, in Duitschland tenminste, als de heerschende worden beschouwd.

Daarentegen houdt Girard nog hardnekkig vast aan de oude theorie, en wijkt hij geen duimbreed voor de onstuimige aanvallen van Wlassak, Mitteis <sup>2)</sup>, Lenel <sup>3)</sup> e.a.. In een zijner laatste artikelen in het *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* verdedigt hij zijn opvatting nog met even groote energie, als vijftien jaar tevoren in hetzelfde tijdschrift <sup>4)</sup>. Duidelijk spreekt hij zich daar uit: „l'activité du magistrat est commandée par celle „des parties. C'est l'activité des parties, qui l'amène à ren- „voyer l'affaire au juré ou plus anciennement à la trancher, „quand elles ont fait ce qu'il faut pour cela. Auparavant „c'est l'activité des parties, qui l'amène à prononcer cer- „taines paroles, quand elles en ont prononcé d'autres. Il „n'a pas à se demander, s'il doit ou non renvoyer l'affaire „au juré, quand le cérémonial nécessaire a été accompli." <sup>5)</sup>

In de volgende bladzijden willen wij nagaan, of de rol

<sup>1)</sup> *Zur Geschichte der Cognitur*, bl. 59.

<sup>2)</sup> *Römisches Privatrecht bis auf Diokletian*, I, bl. 40 vlg..

<sup>3)</sup> *Der Prätor in der Legisactio*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXX, bl. 329 vlg..

<sup>4)</sup> *La date de la loi Aebutia*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XIV, bl. 1 vlg. = *Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XXI, bl. 249 vlg..

<sup>5)</sup> *Nouv. observations sur la date de la loi Aebutia*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXIX, bl. 130.



van den praetor in de procedure per legis actiones inderdaad was, zooals Girard haar zich voorstelt, en welke de beteekenis der lex Aebutia en der leges Iuliae is geweest.

## § 2. Lex Aebutia en Procedure per formulas.

Over de lex Aebutia en de leges Iuliae is zeer weinig bekend. Wanneer die wetten zijn ingevoerd, wordt nergens in de bronnen vermeld, terwijl over haren inhoud en hare beteekenis geen andere gegevens bestaan, dan die van Gaius, en die van Gellius.

Gaius vermeldt in *Instit.* IV, § 30:

Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt: namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunciura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet; itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigaremus.

Gellius, *Noctes Atticae*, XVI, 10 § 8, laat zijn vriend zeggen:

Sed enim quum proletarii et assidui et sanates et vades et subvades et viginti quinque asses et taliones furtorumque quaestio cum lance et licio evanuerint; omnisque illa duodecim tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviralium causarum, lege Aebutia lata consopita sit: studium scientiamque ego praestare debeo iuris et legum vocumque earum, quibus utimur.

Aanstonds valt in het oog, dat deze berichten niet geheel met elkaar overeenstemmen. Gaius spreekt van de lex Aebutia en de leges Iuliae, terwijl Gellius slechts de lex Aebutia noemt. Voorts kent Gaius aan die wetten tweeërlei werking toe: een opheffende, en een invoerende. Daaren-

tegen spreekt Gellius slechts van de destructieve kracht der *lex Aebutia*.

Wien nu te volgen? O.i. behoeft deze vraag tot geenerlei moeilijkheid aanleiding te geven, en zal zonder aarzelen aan Gaius de voorrang kunnen worden toegekend, „ein(en) „Gewährsmann, neben dem ein Gellius selbstverständlich „nur in ganz untergeordneter Weise in Betracht kommen „kann.” <sup>1)</sup>

Dit is des te meer noodzakelijk, omdat Gellius zelf ons waarschuwt, den jurist, dien hij sprekende invoert, al te zeer te vertrouwen. Met name het gebied der rechts-geschiedenis schijnt deze kenner des rechts, als zeer glibberig terrein te beschouwen. Want op de vraag van Gellius, wat het woord „proletarius” beteekent, geeft hij allereerst ten antwoord, dat Gellius zulks aan een grammaticus moet vragen, maar niet aan hem, die zich met het recht bezighoudt. Als Gellius echter hem erop opmerkzaam maakt, dat het woord „proletarius” ook in de Wet der Twaalf Tafelen voorkomt, maakt hij zich daarvan af met de opmerking, dat het hem dan heelemaal niet aangaat. Want al die oudheden der Twaalf Tafelen, zoo zegt hij, komen nog slechts voor bij het gerecht der honderd-mannen, overigens echter zijn zij verdwenen, sinds de *lex Aebutia* gegeven is. En alleen met het geldende recht houdt hij zich bezig <sup>2)</sup>.

Op grond van dit alles zal men o.i. goed doen, voor-

---

<sup>1)</sup> Aldus Eisele, *Abhandlungen zum römischen Civilprocess*, bl. 67. Verg. ook Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 59.

<sup>2)</sup> Gellius, *Noctes Atticae*, XVI, 10, § 4: „Cum illic se iuris, non rei grammaticae peritum esse respondisset, „eo maxime” inquam „te dicere hoc oportet, quando, ut praedicas, peritus iuris es.” § 7: „Ego vero,” inquit ille, „dicere atque interpretari hoc deberem, si ius Faunorum et Aboriginum didicissem.”



zichtig te zijn met het maken van gevolgtrekkingen uit hetgeen Gellius ons meedeelt, of wel verzwijgt.

Welke beteekenis nu aan de bovenaangehaalde berichten van Gaius en Gellius moet worden toegekend, daarover is men het allerminst eens. De onderling meest uiteenloopende opvattingen worden hieromtrent verkondigd. Volgens den een <sup>1)</sup> zou de lex Aebutia de legisactiones hebben afgeschaft, volgens anderen <sup>2)</sup> zouden deze niet door een wet zijn terzijde gesteld, maar vanzelf verdwenen zijn. De een <sup>3)</sup> leert dat de lex Aebutia en de leges Iuliae de proceshervorming tezamen hebben teruggebracht, een ander <sup>4)</sup>, dat die hervorming bijna uitsluitend het gevolg van de lex Aebutia is geweest. Op deze verschillende opvattingen hopen wij straks nader terug te komen.

De volgende regels zouden wij ten aanzien van de lex Aebutia en de leges Iuliae willen opstellen:

I. Zij regelden de procedure inter cives.

II. Zij schaften tezamen de legisactiones af, en voerden tezamen de formulae in.

III. Het tezamen wil zeggen: de lex Aebutia trof een facultatieve regeling, liet de keus open tusschen formula en legisactio; de leges Iuliae daarentegen schaften de legisactiones onvoorwaardelijk af, en stelden daarvoor in

---

<sup>1)</sup> O.a. Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 66: „Meines Wissens liegt keinerlei Grund vor, die Richtigkeit dieser Angabe zu bezweifeln.“

<sup>2)</sup> O.a. Sohm, *Institutionen des römischen Privatrechts*, (1888), bl. 150: „kein Zweifel, dass der alte Legisactionenprozess nicht aufgehoben wurde.“ Verg. Naber, *De formularum origine*, in het *Tijdschr. voor Rechtsgesch.*, I, afl. 2, bl. 230 en 230, n. 1.

<sup>3)</sup> O.a. von Mayer, *Römische Rechtsgeschichte*, II, 1 bl. 108 vlg..

<sup>4)</sup> O.a. von Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, II, bl. 5, n. 3.

de plaats de procedure per formulas als den alleen mogelijken procesvorm.

IV. Het invoeren moet niet worden verstaan in dien zin, dat door genoemde leges de procedure per formulas inter cives mogelijk werd, maar zóó, dat zij aan de procedure per formulas, die daarvóór reeds, krachtens het imperium van den praetor plaats vond, een wettelijken grondslag verleenden; haar maakten tot een iudicium legitimum.

---

§ 3. De lex Aebutia en de leges Iuliae regelden de procedure inter cives.

Dat de lex Aebutia (leges Iuliae) een regeling inter cives trof, volgt o. i. aanstonds uit het feit, dat de lex Aebutia (leges Iuliae) een *lex* is. Evenals in de overige Staten der oudheid gold te Rome als grondbeginsel, dat het recht exclusief is, uitsluitend van toepassing op burgers van den Staat, in casu de cives romani. Lex = lex populi romani. Lex is een regeling voor de cives romani, strekt zich niet uit over de peregrini<sup>1)</sup>. Of deze cum of sine commercio zijn, maakt geen verschil. Zij worden alle, zonder uit-

---

<sup>1)</sup> Verg. o.a. Wlassak, *Der Ausschluss der Latiner von der römischen Legisactio*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, XXVIII, bl. 114 vlg.; *Römische Prozessgesetze*, II, § 30 en 31, zie ook bl. 358/59; Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Diokletian*, I, bl. 62 vlg., 68; Sohm, *Institutionen des römischen Privatrechts*, bl. 79, 201 vlg.; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, I, bl. 306, 426, 456; *Römischer Civilprozess zur Zeit der Legisaktionen*, bl. 345, n. 1; Puntschart, *Die Entwicklung des grundgesetzlichen Livatrechts der Römer*, bl. 92, 93; Wenger, *Das Recht der Griechen und Römer*, in *Hinneberg's Kultur der Gegenwart*, T. II, Abt. VII, 1, bl. 156 en 157; von Mayr, *Römische Rechtsgeschichte*, I, 1, bl. 96; II, I, bl. 116; Bekker, *Zur Lehre von den Legisaktionen*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, XXV, bl. 67; Jörs, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, I, bl. 161 vlg..



zondering niet beheerscht door de *lex*, maar door het imperium van den magistraat.

Steeds schijnt dit exclusivistische beginsel in het Romeinsche recht te hebben gegolden. Eerst door Caracalla komt daarin een wezenlijke verandering, doordien aan alle peregrini, voorzoover zij burgers waren van eenigen Staat, het burgerrecht wordt verleend. Maar toen waren de volks-wetten ook reeds lang verdrongen door de *Senatusconsulta*, die, naar het schijnt, veelal een ruimere strekking hadden.

Ten aanzien der *leges*, kan dus worden volgehouden, dat het bovenvermelde beginsel steeds onverzwakt heeft gegolden<sup>1)</sup>. „Von der Zeit ab, in der sich die Römer als geschlossene „Gemeinde von den übrigen Latinern sonderten, haben „die in den römischen Volksversammlungen zustande „gebrachten Gesetze, ebenso wie in anderen antiken Staaten, „bindende Kraft nur für die eigenen Bürger beansprucht.“<sup>2)</sup>

Uit Gaius, *Inst.* IV, 104 en 105, blijkt nader, dat een legitieme, een wettelijke regeling slechts van toepassing is op *cives romani* en dat, zoodra een peregrinus in het geding is, het imperium van den magistraat regelend optreedt. Gaius, *Inst.* IV, 104:

Legitima sunt iudicia, quae in urbe Roma vel intra  
primum urbis Romae miliarium inter omnes cives  
Romanos sub uno iudice accipiuntur. Tae  
lw

Gaius, *Ins.* IV, 105:

Imperio vero continentur recuperatoria et quae sub

<sup>1)</sup> Verg. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Diokletian*, I, bl. 69 en 69, n. 20; Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, II, bl. 126; *Der Ausschluss der Latiner von der römischen Legisactio*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXVIII, bl. 120.

<sup>2)</sup> Wlassak, *Der Ausschluss der Latiner von der römischen Legisactio*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXVIII, bl. 120.

uno iudice accipiuntur interveniente peregrini persona iudicis aut litigatoris.

Legitima iudicia zijn die iudicia, welke aan de wet hun ontstaan danken. Deze wet is — hierover bestaat de laatste jaren weinig twijfel meer — de lex Aebutia<sup>1)</sup>. Zij beperkt zich tot de eigen burgers, de cives romani. Zoodra een peregrinus in het geding is, is een iudicium legitimum niet meer mogelijk, d.w.z. laat de wet (i. c. de lex Aebutia) in den steek. Het proces is dan geen legitiem proces meer, maar een, dat geïnstrueerd wordt door den magistraat krachtens zijn imperium, los van alle wettelijke voorschriften: een iudicium imperio continens.

Wij ontveinzen ons niet, dat de door ons aangevoerde argumenten voor het zuiver nationale karakter der lex Aebutia niet voor ieder beslissend zijn. Girard<sup>2)</sup> en

<sup>1)</sup> De diepstgaande studie over de iudicia legitima en imperio continentia is wel het eerste deel van Wlassak's *Römische Prozess-gesetze*. Hij is het geweest, die het verband tusschen de iudicia legitima en de lex Aebutia in het juiste daglicht heeft gesteld. Kernachtig vat hij het resultaat van zijn onderzoekingen aldus samen (bl. 276): „Nicht zwei verschiedene Fragen liegen uns vor, „wenn wir das neue Processrecht der lex Aebutia-Iulia, „und wenn wir das Wesen der *iudicia legitima* zu erforschen „suchen. Nicht die Sache, nur der Ausdruck ist ein anderer; „denn beide Fragen betreffen genau denselben Gegen- „stand.“

In gelijken zin o.a. Knip, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, bl. 89; von Mayr, *Römische Rechtsgeschichte*, II, 1, bl. 111, 112; Sohm, *Institutionen des römischen Privatrechts*, bl. 302; Bonfante-Hamburger, *Grundbeginselen van het Romeinsche Recht*, bl. 113; May, *Éléments de droit romain*, bl. 655; Girard, *Nouv. observations sur la date de la loi Aebutia*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXIX, bl. 121, n. 1; Bruns-Lenel, *Geschichte und Quellen des römischen Rechts*, in *Holtzendorff's Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, I, bl. 337. Ook reeds Dernburg, *Bespreking van von Keller's Der römische Civilprozess*, in het *Heidelberger Kritische Zeitschrift*, I, bl. 470.

<sup>2)</sup> *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, I, bl. 206, n. 2



Eisele <sup>1)</sup> tenminste kennen aan de lex een ruimer geldingsgebied toe en breiden haar uit over een gedeelte der peregrini, n.l. de peregrini cum commercio, terwijl voorts door sommigen de lex Aebutia als de oorsprong der iudicia legitima wordt geloochend <sup>2)</sup>).

Toch wordt ook door deze schrijvers het nationale karakter der lex Aebutia erkend, daar Gaius zich in *Inst.* IV, 33, uitdrukt op een wijze, die geen twijfel mogelijk laat.

Itaque per legem Aebutiam et duas Iulias... effectum est, ut per concepta verba, id est, per formulas litigaremus.

De lex Aebutia en de leges Iuliae hebben bewerkt, zegt hij, dat wij door middel eener formula procederen. Die wij zijn ongetwijfeld de Romeinsche burgers. Het moge betwistbaar zijn, dat Gaius van Romeinsche nationaliteit is geweest, Romeinsch burger was hij zonder twijfel <sup>3)</sup>. Als zoodanig spreekt hij graag, wanneer hij het heeft over de Romeinen, van wij. Dat doet hij elders <sup>4)</sup> en ook hier.

---

en 211; *Nouv. observations sur la date de la loi Aebutia*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, *Rom. Abt.*, XXIX, bl. 119 vlg..

Verg. ook Schmidt, *Zum internationalen Rechtsverkehr der Römer*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, *Rom. Abt.*, IX, bl. 142 en 143, die een uitzondering maakt voor de Latini.

<sup>1)</sup> *Abhandlungen zum römischen Civilprocess*, bl. 74.

<sup>2)</sup> Verg. in het bijzonder Mommsen, die de iudicia legitima terugvoert tot de lex XII Tab.. Verg. zijn opstel *Iudicium legitimum*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, *Rom. Abt.*, XII, bl. 267 vlg. = *Gesammelte Schriften*, III, bl. 356 vlg., vooral bl. 372. Verg. nog Duquesne, *La translatio iudicii*, bl. 29 vlg..

<sup>3)</sup> Verg. Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, bl. 21; Fehr, *Bespreking van Kniep's Der Rechtsgelehrte Gaius*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, *Rom. Abt.*, XXXII, bl. 390 en vlg..

<sup>4)</sup> *Inst.* I, 8; I, 55; II, 86; II, 108.

§ 4. De proceshervorming is door de *lex Aebutia* en de *leges Iuliae* tezamen teweeggebracht.

Kwamen wij in de vorige § tot de slotsom, dat de *lex Aebutia* een regeling inter cives trof, in de tweede plaats blijkt uit Gaius' woorden, dat de *lex Aebutia* en de *leges Iuliae* tezamen de procedure per legis actiones hebben afgeschaft <sup>1)</sup>:

Itaque per legem Aebutiam et <sup>2)</sup> duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones.

Op grond hiervan is dan ook von Bethmann-Hollweg in het ongelijk, als hij spreekt van een „allgemeine Beseitigung der Legis Actiones durch die *lex Aebutia*.” <sup>3)</sup> Wel noemt Gellius alleen de *lex Aebutia*, maar daaraan kan moeilijk de beteekenis worden gehecht, dat zij alleen de proceshervorming heeft tot stand gebracht. De reden van Gellius' zwijgen over de *leges Iuliae* is wellicht hierin gelegen, dat de *lex Aebutia* de baanbreekster is geweest, terwijl de *leges Iuliae* het werk der eerste wet voltooiden <sup>4)</sup>.

Tezamen ook hebben de *lex Aebutia* en de *leges Iuliae* de procedure per formulas ingevoerd <sup>5)</sup>:

<sup>1)</sup> Aldus o. a. Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 1011 en 1012 en *Nouv. observations sur la date de la loi Aebutia*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXIX, bl. 136 vgl.; Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*, I, bl. 713; Eisele, *Abhandlungen zum römischen Civilprocess*, bl. 68; Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 59 vlg.; May, *Éléments de droit romain*, bl. 622; von Mayr, *Römische Rechtsgeschichte*, II, 1, bl. 110; Sohm, *Institutionen des römischen Privatrechts*, bl. 301; Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano, Serie Seconda, Il processo civile*, I, bl. 218 en 219, n. 1; Bruns- Lenel, *Geschichte und Quellen des römischen Rechts*, in *Holtzendorff's Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, I, bl. 337; Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, bl. 673.

<sup>2)</sup> Cursiveering van ons.

<sup>3)</sup> *Der römische Civilprozess*, II, bl. 634.

<sup>4)</sup> Verg. Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano, Serie Seconda, Il processo civile*, I, bl. 206, n. 1.

<sup>5)</sup> Verg. de in de vorige noot genoemde schrijvers.



Ita que per legem Aebutiam et <sup>1)</sup> duas Iulias . . . . .  
effectum est, ut per concepta verba, id est per formulas litigaremus.

Over de beteekenis van „effectum est” wordt veel getwist, en het is zeer de vraag, of hier wel van een invoeren in den letterlijken zin kan worden gesproken <sup>2)</sup>. Neemt men echter aan, dat dit plaats vond per legem Aebutiam et duas Iulias, dan zal men toch — hoe men overigens ook moge denken over de beteekenis van „effectum est” — moeten erkennen, dat de invoering der procedure per formulas door Gaius aan de lex Aebutia en aan de leges Iuliae wordt toegeschreven, evenzeer als de afschaffing der legis actiones door die wetten heeft plaats gevonden.

---

§ 5. De lex Aebutia trof een facultatieve regeling,  
de leges Iuliae troffen een obligatoire.

De groote vraag is nu: hoe dat tezamen te verstaan?

Moet dat wellicht zóó worden opgevat, dat de lex Aebutia de legis actiones afschafte, en de leges Iuliae de formulae invoerden? Waarschijnlijk is dit niet. „Was wäre das „auch für ein merkwürdiges Gesetz gewesen, das durch „Aufhebung einer grösseren oder geringeren Anzahl von „Legisactionen ein Vacuum geschaffen hätte, ohne doch „selbst wieder die Ausfüllung der Lücke zu bewirken.” <sup>3)</sup>

Of heeft misschien de lex Aebutia een gedeelte der legis actiones afgeschaft en een gedeelte der formulae ingevoerd, terwijl dan de leges Iuliae de hervorming vol-

---

<sup>1)</sup> Cursiveering van ons.

<sup>2)</sup> Zeer sceptisch Naber, *De formularum origine*, in het *Tijdschr. voor Rechtsgesch.*, I, afl. 2, bl. 230 vlg..

<sup>3)</sup> Aldus Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 161.

tooiden? Deze opvatting stemt niet overeen met Gaius' woorden. Indien hij dat had willen zeggen, zou hij zich zeker van een andere uitdrukking hebben bediend (b.v. *aliae . . . . aliae*, of *partim . . . . partim*)<sup>1)</sup>. Om deze reden reeds is het onwaarschijnlijk, dat de *lex Aebutia* alleen de *legis actio per condictioem* zou hebben afgeschaft, en daarvoor in de plaats de procedure per formulas ingevoerd, zooals Eisele meent<sup>2)</sup>. Bovendien was juist voor de *legis*

<sup>1)</sup> Verg. Puntchart, *Die Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer*, bl. 118 en Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 154 en II, bl. 306 en 306, n. 19.

<sup>2)</sup> *Abhandlungen zum römischen Civilprocess*, bl. 77 vlg.

Evenzoo Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*, I, bl. 286-287; II, bl. 732, n. 4 en *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, bl. 851/852 en 851, n. 4.

Verg. ook reeds Puchta-Krüger, *Cursus der Institutionen*, I, bl. 193 en 481 en Accarias, *Précis de droit romain*, II, § 747.

Puchta neemt aan, dat de *legis actio per condictioem* zeker, die per *iudicis postulationem* waarschijnlijk door de *lex Aebutia* is afgeschaft (t. a. p., I, bl. 481).

Accarias gaat bij zijn beschouwing over de verhouding tusschen de *lex Aebutia* en de *leges Iuliae* uit van Gellius, *Noctes Atticae*, XVI, 10, § 8 en schijnt Gaius, *Inst.* IV, 30 eerst in de tweede plaats in aanmerking te nemen. Volgens Gellius, zoo zegt hij, liet de *lex Aebutia* de procedure per *legis actiones* slechts bestaan bij de *causae centumvrales*. Dus schafte zij de *legis actio per iudicis arbitri postulationem* en die per *condictioem* geheel, en de *legis actio sacramento* in die gevallen af, waarin de zaak voor een *iudex privatus* werd gebracht, d. i. in zuiver *persoonlijke* aangelegenheden.

Afzonderlijk moeten, zoo zegt hij voorts, die *legis actiones* worden beschouwd, die als middelen van executie werden gebruikt: de *legis actio per pignores capionem* en die per *manus iniectioem*. De eerste bleef na de *lex Aebutia* bestaan en werd eerst door de *leges Iuliae* afgeschaft, de laatste werd door de *lex Aebutia* opgeheven (t. a. p. II, bl. 688). Dit eenzijdig afgaan op het getuigenis van Gellius is o. i. niet geoorloofd. Eerst komt Gaius, daarna pas Gellius in aanmerking. Dit temeer, daar deze laatste blijkbaar zelf geen aanspraak op nauwkeurigheid wil maken. (verg. hierboven bl. 61).

Gaius dan zegt, dat de *lex Aebutia* en de *leges Iuliae* tezamen de *legis actiones* hebben afgeschaft, hetgeen nog niet beteekent, dat elk een gedeelte voor haar rekening heeft genomen, daar in dat



actio per conditionem een hervorming het minst noodig. „Die l. a. per conditionem war die jüngste der Legisaktionen und gerade bei ihr allein sollte anfänglich das Bedürfnis einer Verbesserung sich herausgestellt haben? Ein schlechtes Zeugnis für den practischen Sinn der Römer.”<sup>1)</sup>

Geheel anders denkt zich Puntschart<sup>2)</sup> de verhouding tusschen de lex Aebutia en de leges Iuliae. Volgens hem zou de lex Aebutia aan de legis actiones de feitelijke werking hebben ontnomen en die aan de formulae hebben verschaft. Rechtens bleven de legis actiones voortbestaan, bestonden de formulae nog niet. Eerst door de leges Iuliae

---

geval Gaius zich anders zou hebben uitgedrukt (verg. den tekst). De legis actio per iudicis postulationem bestond in ieder geval nog na de lex Aebutia (verg. Cicero, *De Oratoribus*, I, 56, § 237; *Pro Murena*, 12, § 27). De legis actio sacramento bestond eveneens nog in vollen omvang na de lex Aebutia; voor de causae centumvirales zelfs nog na de leges Iuliae (Gaius, t. a. p. en Gellius, t. a. p.) en voor persoonlijke vorderingen eveneens na die wetten, zij het dan ook in een enkel geval (Gaius, *Inst.* IV, 95). Verg. daarover Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 105/106; Girard, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, I, bl. 188, n. 1.

Eveneens bestonden na de lex Aebutia nog de legis actio per manus iniectionem (lex Coloniae Genetivae, 61 en Lex Rubria, 21 en 22) en die per pignoris capionem (Gellius, *Noctes Atticae*, VI, 10, § 2); de laatste mischien zelfs nog na de leges Iuliae voor het geval van damnum infectum, dat Gaius, *Inst.* IV, § 31 wel, Gellius, *Noctes Atticae*, XVI, 10, § 8 niet noemt. (Verg. von Bethmann Hollweg, *Der römische Civilprozess*, I, bl. 204, n. 13; Karlowa, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisaktionen*, bl. 216; Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 1014, n. 2. Daartegen Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 266 vlg., II, bl. 364; Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, bl. 45 vlg.) Wat betreft de legis actio per conditionem, zie den tekst.

Verg. overigens over deze geheele materie, hieronder bl. 75 vlg..

<sup>1)</sup> Aldus Bekker, *Bespreking van Römer's Das Erlöschen des klägerischen Rechts*, in het *Heidelberger Kritische Zeitschrift*, I, bl. 257.

Verg. Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano*, Serie Seconda, *Il processo civile*, I, bl. 219, n. 1.

<sup>2)</sup> Die *Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer*, bl. 118 vlg.

werd die feitelijke toestand, door de lex Aebutia geschapen, tot een wettelijken. De legis actiones verloren toen rechte haar bestaan, de procedure per formulas verkreeg een wettelijken grondslag. Het procesrecht der lex Aebutia was een praetorisch procesrecht, dat der leges Iuliae een wettelijk procesrecht.

Puntschart geeft dan deze verklaring van Gaius, *Inst.* IV, 30:

Itaque per legem Aebutiam sublatae sunt istae legis actiones (scil. iure honorario) effectumque est (scil. eodem iure honorario), ut per concepta verba, id est, per formulas litigarem.

Itaque per duas leges Iulias sublatae sunt istae legis actiones (scil. iure legitimo) effectumque est (scil. eodem iure legitimo), ut per concepta verba, id est, per formulas litigarem.

Puntschart's theorie heeft het groote bezwaar, dat zij geheel steunt op Gellius: „sed cum . . . omnis illa duodecim tabularum antiquitas — lege Aebutia lata consopita sit” etc. Consopiri heist „einschlafen” und von Gesetzen gebraucht, „nach und nach ausser Uebung kommen.” Nach Gellius hat also die lex Aebutia die erwähnte omnis antiquitas duodecim tabularum „nach und nach ausser „Uebung gesetzt” und folglich derselben nur die thatsächliche Wirksamkeit entzogen. Wenn aber das tollere der lex Aebutia nur eine thatsächliche Wirksamkeit enthielt, so konnte auch das efficere der lex Aebutia keine andere Wirksamkeit enthalten haben. Die lex Aebutia kann also dem litigare per concepta verba oder per formulas keine gesetzliche, sondern nur eine thatsächliche Wirksamkeit verschafft haben.”

M. i. verzet Gaius, *Inst.* IV, 30, zich tegen een opvatting,



als door Puntschart wordt gehuldigd. Gaius zegt van de lex Aebutia:

Itaque per legem Aebutiam sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est, per formulas litigaremus.

En van de leges Iuliae zegt hij precies hetzelfde:

Itaque per duas leges Iulias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est, per formulas litigaremus.

Zoowel aan de lex Aebutia, als aan de leges Iuliae wordt een „sublatae sunt” van de legis actiones en een „effectum est, ut per concepta verba, id est, per formulas litigaremus” toegeschreven. „Sublatae” = opheffen, terzijde gesteld. Het „sublatae sunt” der legis actiones is geschied, zoowel door de lex Aebutia, als door de leges Iuliae. Gaius gebruikt voor beide wetten dezelfde uitdrukking. En toch zou „sublatae” in het eerste geval beteekenen: sublatae iure honorario en in het tweede: sublatae iure legitimo!

Maar Gaius kan dit ook niet bedoeld hebben. Want het is onmogelijk, dat legis actiones worden opgeheven door ius honorarium. Legis actiones, acties, die aan de wet hun oorsprong danken, kunnen slechts door een wet, doch nooit door ius honorarium worden afgeschaft.<sup>1)</sup>

Tenslotte zij hier nog gewezen op de theorie van Bekker<sup>2)</sup>. Na nauwkeurige bestudeering van de geschriften van

<sup>1)</sup> Verg. Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 62.

<sup>2)</sup> *Der Legisactionsprocesz mit Formeln zur Zeit Cicero's*, in het *Zeitschrift für Rechtsgesch.*, V, bl. 340 vlg. en *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, bl. 90 vlg..

Verg. ook Wieding, *Der Iustinianeische Libellprocess*, bl. 68/69; Jörs, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, I, bl. 175 vlg.; Jobbé-Duval, *Explication du no. 173 du livre 1 du „De Oratore” de Ciceron*, in de *Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XXIX, bl. 16, n. 1.

Cicero, kwam deze geleerde tot de slotsom, dat zoowel de *legis actiones* als de *formulae* ten tijde van den grooten redenaar nog bestonden. Daaruit maakte hij de gevolgtrekking, dat *legis actio* en *formula* tezamen in één proces voorkwamen: een procedure per *legis actiones*, waarin van de *formula* werd gebruik gemaakt, „zum Zweck der Reproduktion der voraufgehenden entscheidenden Prozesshandlungen.” Reeds in den tijd vóór de *lex Aebutia* zouden *formulae* en *legis actiones* in vriendschappelijke vereeniging hebben geleefd. De *lex Aebutia* en de *leges Iuliae* maakten aan dien toestand een einde. Zij schaften de *legis actiones* af, en het gevolg daarvan was, dat de *formulae* het eigenlijke „Prozessmedium” werden.

Ook deze opvatting is, om verschillende gronden, onaanvaardig. Allereerst, omdat *legis actio* en *formula* elkaar wederkeerig uitsluiten. Wil de procedure per *legis actiones* inderdaad een procedure per *legis actiones* zijn, dan is voor een *formula*, in den zin door Bekker bedoeld, één die bovendien het heerschende element vormt, daarin geen plaats. Ware dit wel het geval, de bedoelde procedure zou geen procedure per *legis actiones*, maar een per *formulas* zijn <sup>1)</sup>.

In de tweede plaats is deze theorie verwerpelijk, omdat men, gelijk Bekker zelf erkent <sup>2)</sup>, door haar aan te nemen,

<sup>1)</sup> Verg. hiervoor bl. 84 van dit proefschrift.

<sup>2)</sup> *Der Legisaktionsprozess mit Formeln zur Zeit Cicero's*, in het *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, V, bl. 342: „Die l. Aebutia ist dann entweder ein älteres Gesetz von geringerer Bedeutung, oder sie ist etwa eine Altersgenossin der l.l. Iuliae, ein integrierender Theil der Iulischen Prozessgesetzgebung, welche die Reformen des Rechtsganges zum Abschluss gebracht hat.”

Verg. zijn *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, bl. 92 en *Zur Lehre von den Legisaktionen*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXV, bl. 71.



genoodzaakt wordt, de *lex Aebutia* te beschouwen, of als een wet, die voor de procedure per formulas en die per *legis actiones* van niet het minste belang is geweest; immers de toestand daarvóór verschilt wezenlijk niet van dien daarna: een procedure per *legis actiones* met formulas; of als een wet, die wel van belang is geweest voor de genoemde procedures, maar die dan noodzakelijk in een tijd geplaatst moet worden, waarin aan het samengaan van *legis actio* en formula een einde werd gemaakt, d. i. dus in den tijd der *leges Iuliae*.

De eerste mogelijkheid wordt o. i. uitgesloten zoowel door Gaius als door Gellius. Gaius zegt uitdrukkelijk, dat de *lex Aebutia* tezamen met de *leges Iuliae* de *legis actiones* heeft afgeschaft. En Gellius spreekt zelfs alléén van de *lex Aebutia*, hetgeen niet zoozeer te wijten is aan een onnauwkeurigheid van dezen schrijver, zooals Cuq<sup>1)</sup> meent, als wel aan het feit, dat de *lex Aebutia* in de proceshervorming de voornaamste rol heeft gespeeld.

De tweede mogelijkheid is in strijd met die weinige gegevens uit de bronnen, die de vaststelling van den datum der *lex Aebutia*, althans bij benadering, hebben mogelijk gemaakt<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> *Les Institutions juridiques des Romains*, I, bl. 286, n. 1; *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, bl. 851, n. 4.

Verg. Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 61: „Die *lex Aebutia* muss bahnbrechend und von grosser Tragweite gewesen sein”; von Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, II, bl. 5, n. 3; Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano, Serie seconda, Il processo civile*, I, bl. 206, n. 1.

<sup>2)</sup> Tal van pogingen zijn aangewend om den datum der *lex Aebutia* vast te stellen. Een uitnemend overzicht hiervan vindt men bij Girard, *La date de la loi Aebutia*, in de *Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XXI, bl. 248, n. 3. Verg. nog diens *Nouv. observations sur la date de la loi Aebutia*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, XXIX, bl. 122 vlg..

Meer waardeering verdient de opvatting van hen, volgens wie de verhouding tusschen de *lex Aebutia* en de *leges Iuliae* deze was, dat de eerste een facultatieve regeling trof, de *leges Iuliae* een obligatoiren toestand schiepen<sup>1)</sup>. Of anders gezegd: de *lex Aebutia* liet den burgers de keus tusschen de *legis actio* en de *formula*, de *leges Iuliae* ont namen aan de partijen dat „Wahlrecht“, en stelden, behoudens de uitzonderingen in *Gaius*, *Inst.* IV, 30 vermeld, de procedure per formulas voor hen verplichtend. Immers, dat ten tijde van Cicero zoowel per formulas als per *legis actiones* werd geproduceerd, kan sinds Bekker's bekende studie gereedelijk worden aangenomen. Alleen kan diens gevolgtrekking daaruit: een procedure per *legis*

---

Thans neemt men algemeen aan, dat die wet tusschen de jaren 603 en 628 na de stichting der Stad is tot stand gekomen; de *leges Iuliae* onder Augustus.

<sup>1)</sup> Aldus Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 62 vlg. en 85 vlg.; Bruns-Lenel, *Geschichte und Quellen des römischen Rechts*, in Holtzendorff's *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, I, bl. 337; Wenger, *Zur Lehre von der actio iudicati*, bl. 108/109; May, *Éléments de droit romain*, bl. 583; Sohm, *Institutionen des römischen Privatrechts*, bl. 301 vlg.; Gradenwitz, *Bespreking van Wlassak's Römische Prozessgesetze*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, IX, bl. 191; Roby, *Roman Private Law in the times of Cicero and of the Antonines*, Vol. II, bl. 347, n. 1; Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 1011/1012 en *Nouv. observations sur la date de la loi Aebutia*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, XXIX, bl. 136 en 136, n. 1, 137 en 162; Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano, Serie seconda, Il processo civile*, I, bl. 219, n. 1; Huvelin, *L'arbitrium liti aestimandae et l'origine de la formule*, in *Mélanges Gérardin*, bl. 344 en 344, n. 2; Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, bl. 673.

Verg. hierover Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 346, n. 1; Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 112 vlg.. Zie echter ook Puntchart, *Die Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer*, bl. 348—350 en Eisele, *Abhandlungen zum römischen Civilprocess*, bl. 83/84.



actiones, waarin van de formula werd gebruik gemaakt, niet worden goedgekeurd, om redenen, waarop hieronder nader zal worden teruggekomen.

Dat voorts ten tijde van Cicero alle formulae reeds bestonden, blijkt uit Cicero, *Pro Roscio Comoedo*, 8, § 24:

Sunt iura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae. Ten aanzien der actiones in rem wordt het bestaan eener formula petitoria nader bevestigd door Cicero, *In Verrem, Actio Secunda*, II, 12 § 31:

Si vero illud quoque accedit, ut in ea verba praetor iudicium det, ut vel L. Octavius Balbus iudex, homo et iuris et officii peritissimus, non possit aliter iudicare, si iudicium sit eiusmodi: L. Octavius iudex esto: si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex iure Quiritium P. Servilii esse neque is fundus Q. Catulo restituetur: non necesse erit L. Octavio iudici cogere P. Servilium Q. Catulo fundum restituere aut condemnare eum, quem non oporteat?

Eveneens mag als zeker worden aangenomen, dat toen alle legis actiones nog bestonden. Wat betreft de legis actiones sacramento<sup>1)</sup>, per iudicis arbitrive postulationem<sup>2)</sup>, per pignoris capionem<sup>3)</sup> en per manus iniunctionem<sup>4)</sup>, — blijkt dit uit de bronnen. Van de legis actio per conditionem echter is na de lex Aebutia geen spoor meer te ontdekken. Eisele<sup>5)</sup> en Cuq<sup>6)</sup> hebben dit als voldoende grond be-

<sup>1)</sup> Het voortbestaan der legis actio sacramento na de lex Aebutia volgt uit het feit, dat zij zelfs na de lex Iuliae nog bestaat in de gevallen door Gaius, *Inst.* IV, 31 vermeld.

Verg. voorts Cicero, *Pro Caecina*, 33, § 97; *Pro Milone*, 27, § 74; *Ad Familiares*, VII, 32, § 2; *De Oratore* I, 10, § 42.

<sup>2)</sup> Verg. Cicero, *De Oratore*, I, 56, § 237; *Pro Murena*, 12, § 27.

<sup>3)</sup> Verg. Gellius, *Noctes Atticae*, VI, 10 § 2.

<sup>4)</sup> Verg. de *Lex Coloniae Genetivae*, 61; *Lex Rubria*, 21 en 22. Daarover Wenger, *Zur Lehre von der actio iudicati*, bl. 109/110.

<sup>5)</sup> *Abhandlungen zum römischen Civilprocess*, bl. 77 vlg..

<sup>6)</sup> *Les Institutions juridiques des Romains*, I, bl. 286/287, II, bl.

schouwd om de proceshervorming der *lex Aebutia* te beperken tot het gebied van de *legis actio per condictioem*. De andere *legis actiones* zijn, volgens hen, eerst door de *leges Iuliae* afgeschaft, en de *formulae*, vallende buiten het gebied der *leges Silia* en *Calpurnia*, zijn toen eerst ingevoerd.

Hierboven werd reeds opgemerkt, dat *Gaius'* woordenkeus zich tegen deze opvatting verzet, en dat voorts niet waarschijnlijk is, dat een proceshervorming alleen bij die *legis actio* heeft plaatsgehad, welke, daar zij de jongste was, waarschijnlijk juist het minst aan hervorming behoefte had.

En hoe is zij te vereenigen met de hierboven aangehaalde uitspraken van *Cicero*?

Maar indien nu juist is, dat in den tijd tusschen de *lex Aebutia* en de *leges Iuliae* alle *legis actiones* nog bestonden, terwijl daarnaast voor alle gevallen *formulae* waren ingevoerd, hoe kon *Gaius* dan zeggen: „itaque per legem *Aebutiam* et duas *Iulias* sublatae sunt istae *legis actiones*”? Of wat hetzelfde is: itaque per legem *Aebutiam* sublatae sunt istae *legis actiones* et per duas *Iulias* sublatae sunt istae *legis actiones* <sup>1)</sup>. De *lex Aebutia* schafte de *legis actiones*

---

732, n. 4 en *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, bl. 851/852, 851 n. 4 en 852, n. 2 en 3.

Verg. over deze stof in het bijzonder *Wlassak, Römische Prozessgesetze*, I, § 9 en 10; *Girard, Manuel de droit romain*, bl. 1011/1012 en 1011, n. 2.

<sup>1)</sup> Verg. *Wlassak, Römische Prozessgesetze*, I, bl. 104; *von Mayr, Römische Rechtsgeschichte*, II, 1, bl. 110; *Sohm, Institutionen des römischen Privatrechts*, bl. 301 vlg.; *Girard, Manuel de droit romain*, bl. 1011; *Gradenwitz, Bespreking van Wlassak's Römische Prozessgesetze*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, 9, bl. 191; *Kniep, Der Rechtsgelehrte Gaius*, bl. 90 vlg., ontkent, dat de *lex Aebutia* op alle *legis actiones* betrekking had. Volgens hem „bewegte sich die *lex Aebutia* ursprünglich auf demselben Gebiete, wo man früher schon durch die *lex Silia* und *Calpurnia* eine eigne



af en toch bestonden zij allen nog daarna. Dit verschijnsel is niet anders te verklaren, dan door aan te nemen, dat de regeling der *lex Aebutia* geen dwingende was, maar een facultatieve. Zij ontnam aan de procedure per *legis actiones* als wettelijke procedure de alleenheerschappij, en stelde daarnaast de procedure per *formulas* als wettelijke procedure. Deze toestand duurde voort, totdat de *leges Iuliae* bepaalden, dat voortaan alleen van de procedure per *formulas* zou worden gebruik gemaakt, behoudens de uitzonderingen in *Gaius*, *Inst.* IV, 31, genoemd.

In een dergelijke facultatieve regeling is in het geheel niets bijzonders gelegen. Het is integendeel zulk een gewoon verschijnsel in het Romeinsche recht, dat *Ferrini* den bekenden regel kon opstellen: „*vecchi tipi non sogliono abolirsi al sorgere dei nuovi, ma continuano allato a questi finchè per desuetudine vengono meno.*”<sup>1)</sup>

Zoo wordt b.v. bij *depositum* en *commodatum* de *formula in factum concepta* bij de invoering van die in *ius concepta* niet afgeschaft, maar blijft zij naast deze voortbestaan.

In den tijd der *legis actiones* stond bij persoonlijke vorderingen gericht op *certa pecunia* of *alia certa res*, de keus open tusschen de *legis actio sacramento* en de *legis actio per conditionem*, zooals uit *Gaius*, *Inst.* IV, 20, blijkt.

---

*legis actio* geschaffen hatte: *Gai.* IV, 19.”

Verg. hierover hetgeen boven tegen *Cujas* en *Eisele* is opgemerkt.

Eén ding is echter zeker. Acht men, wat o. i. juist is, een dergelijke beperking van de *lex Aebutia* ongeoorloofd, dan valt uit *Gaius'* woorden niets anders te lezen, dan dat de *lex Aebutia* *alle* *legis actiones* afschafte en *alle* *formulae* invoerde, hetgeen ten aanzien van het laatste door *Cicero*, *Pro Roscio Comoedo*, 8, § 23, nader wordt bevestigd: „*Sunt iura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae.*”

<sup>1)</sup> *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in *Archivio Giuridico*, LII, bl. 475.

Wlassak<sup>1)</sup> heeft voorts aangetoond, dat ten tijde van Cicero in eigendomsprocessen de partijen konden kiezen tusschen de procedure per legis actiones en die per formulas, en in de interdiktenprocedure tusschen de sponsio en de formula arbitraria<sup>2)</sup>.

Bij de iudicia bonae fidei kon de gedaagde, die zijnerzijds iets van den schuldeischer te vorderen had, de compensatio (ex eadem causa) vragen of wel een actio contraria instellen, strekkende tot teruggave van hetgeen de eischer hem verschuldigd was.

Nog meer voorbeelden zouden kunnen worden gegeven. Uit de hierbovengenoemde blijkt echter reeds voldoende, dat het recht van keus niets vreemds in zich had, veel-  
eer als normaal verschijnsel in de geschiedenis van het Romeinsche recht naar voren treedt. Trouwens Gaius zelf schijnt op zulk een recht het oog te hebben, als hij in *Inst.* IV, 31 zegt:

Tantum ex duabus causis permissum est lege agere:  
damni infecti et si centumvirale iudicium futurum est.  
Sane quidem cum ad centumviros itur, ante lege agitur  
sacramento apud praetorem urbanum vel peregrinum.  
Damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius  
stipulatione, quae in edicto proposita est, obligat ad-  
versarium suum, idque et commodius ius et plenius est.

Van de legis actio damni infecti werd, zoo zegt Gaius, door niemand gebruik gemaakt; men nam liever zijn toevlucht tot een praetorische stipulatie. En ook de legis actio sacramento in kwestie's van eigendom en erfrecht was geenszins verplichtend. Ze was alleen noodzakelijk: „cum

<sup>1)</sup> *Römische Prozessgesetze* I, bl. 111—121.

<sup>2)</sup> *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 107. Verg. Gaius, *Inst.* IV, 163—165; Cicero, *Pro Tullio*, 53.



ad centumviros itur.”<sup>1)</sup> In dat geval kon van de formula geen gebruik worden gemaakt<sup>2)</sup>. Maar de geheele procedure voor de honderdmannen kon worden vermeden door een procedure per formulas<sup>3)</sup>, die dan leidde tot de benoeming van een unus iudex, in beginsel krachtens de onderling overeenstemmende wilsverklaring der partijen, terwijl de centumviri een vast college vormden, dat door de Overheid werd benoemd, zonder tusschenkomst der partijen<sup>4)</sup>.

#### § 6. De invoering van het formulierenproces door de lex Aebutia.

Wat tenslotte de vraag betreft, of de formulae al dan niet door de lex Aebutia zijn ingevoerd, — de oudere Romanisten, als Puchta, Zimmern, von Ihering<sup>5)</sup> huldigden bijna zonder uitzondering de opvatting, dat de legis actiones tot de lex Aebutia alleen hebben gegolden, en dat de procedure per formulas eerst door die wet voor de cives werd mogelijk gemaakt. Zoo schrijft b.v. Puchta „Für die Römer blieben die Legis Actiones das ausschliessliche Verfahren bis zur Lex Aebutia, welche neben ihnen ein anderes Verfahren, das durch Formulä einführte.”<sup>6)</sup>

<sup>1)</sup> Verg. Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 110; von Mayr, *Römische Rechtsgeschichte*, II, 1, bl. 101.

<sup>2)</sup> Verg. Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 121.

<sup>3)</sup> Verg. nog *l. 8 § 16 D. V.*, 2.

<sup>4)</sup> Verg. Bonfante-Hamburger, *Grondbeginselen van het Romeinse Recht*.

<sup>5)</sup> Puchta. Zie volgende noot.

Zimmern, *Geschichte des römischen Privatrechts bis auf Iustinian*, III, § 33.

Von Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II, 2, § 47c.

Verg. ook Krüger, *Processualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses*, § 3.

<sup>6)</sup> Puchta-Krüger, *Cursus der Institutionen*, I, bl. 481.

En elders: „Diese (die *lex Aebutia*) führte neben den *Legis Actiones* (die wenigstens zum Theil noch fortbestanden) ein anderes Verfahren ein, wobei die Anträge der Parteien von dem Magistrat in eine schriftliche *Formula* eingekleidet wurden.“<sup>1)</sup>

Reeds Bekker kon zich met deze opvatting niet vereenigen. Noch *Gaius*, noch *Gellius*, zoo zegt hij, spreken van een invoeren der *formula* door de *lex Aebutia*. „In den blühenden *Legisaktionsprozess* sind diese *Schriftformeln* hineingetragen worden, sie haben in ihm mehr und mehr sich entwickelt, und als sie soweit fertig und vollendet waren, dass man einsah mit ihnen auch allein auskommen zu können, da sind die wegen ihrer *Schwerfälligkeit* längst diskreditirten *Spruchformeln* durch Gesetz abgestossen worden.

Aufgehoben sind die *Legisaktionen* mit ihren *Feierlichkeiten* durch diese Gesetze, und davon ist Folge gewesen, dass die „*uerba concepta*“ = „*formulae*“ das eigentliche *Prozessmedium* geworden sind. Dass diese (schriftlichen, im Gegensatz der mündlichen) „*uerba concepta*“ durch jene *Leges* erst zur Einführung gelangt seien, davon sagt *Gaius* nichts; er handelt nur von der Bedeutung die sie erlangt haben nachdem dasjenige *Prozesstück*, das bisher als das für den Charakter des *Prozesses* massgebende zu gelten pflegte, in Wegfall gekommen war. Früher wurde nicht „*per formulas*“ schlechthin litigirt, obgleich diese „*formulae*“ auch im früheren *Prozesse* schon zum Zweck der *Reproduktion* der voraufgehenden entscheidenden *Prozesshandlungen* vorkamen. Ja, wenn die *formulae* auch

---

<sup>1)</sup> t. a. p., I, bl. 91.

*Verg. Accarias, Précis de droit romain*, II, bl. 644: „Comme système général, elles (*legisactiones*) régnernt exclusivement jusqu'à la loi *Aebutia* qui appartient au sixième siècle de Rome.“



„gegen Ende der voraufgehenden Entwicklungsperiode  
 „schon in der Tat das eigentlich herrschende Element  
 „gewesen sein sollten, so waren sie dies damals, ähnlich  
 „manchen andern Instituten des Römischen Rechts, eben  
 „nur tatsächlich, die volle rechtliche Anerkennung gaben  
 „ihnen eerst die genannten *leges*. Noch deutlicher spricht  
 „Gellius (XVI, 10, 8) nur von der destruktiven Kraft der  
 „l. Aebutia, kein Wort davon dass sie mit der Einführung  
 „der Schriftformeln irgend zusammengehangen hätte.”<sup>1)</sup>

Volgens Bekker werd dus reeds in het proces per legis actiones van de formulae gebruik gemaakt. Zelfs acht hij het zeer goed mogelijk, dat zij daar het heerschende element zijn geweest. Herhaaldelijk legt hij er in zijn beschouwingen den nadruk op, dat legis actio en formula elkaar wederkeerig niet behoeften uit te sluiten, maar heel goed konden samengaan. Dit wordt, volgens hem, bevestigd door het feit, dat bij Cicero van legis actio en formula in gelijke mate wordt gesproken<sup>2)</sup>.

Het valt niet te ontkennen, dat Bekker er in geslaagd is, op overtuigende wijze aan te toonen het gelijkelijk voorkomen van formula en legis actio in de geschriften van Cicero. Daaruit kan, gelijk Wlassak<sup>3)</sup> terecht opmerkt, tweeërlei gevolgtrekking worden gemaakt<sup>4)</sup>:

<sup>1)</sup> *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, bl. 90/91.

Verg. Wieding, *Der Iustinianeische Libellprozess*, bl. 68/69; Jörs, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, I, bl. 175 vlg..

<sup>2)</sup> Verg. Bekker, *Der Legisactionsprozess mit Formeln zur Zeit Cicero's*, in het *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, V, bl. 341 vlg..

Verg. ook zijn *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, bl. 90 en *Zur Lehre von den Legisaktionen*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, XXV, bl. 70/71.

<sup>3)</sup> *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 63.

<sup>4)</sup> Verg. ook Eisele, *Abhandlungen zum römischen Civilprozess*, bl. 91 vlg..

- a. legis actio en formula bestonden naast elkaar, d. w. z. partijen konden kiezen tusschen de procedure per legis actiones en die per formulas;
- b. legis actio en formula kwamen beiden in één proces voor, een proces per legis actiones, waarin van de formula werd gebruik gemaakt.

Dit laatste wordt door Wlassak <sup>1)</sup> en Girard, in tegenstelling met Bekker <sup>2)</sup>, terecht voor onmogelijk gehouden. Helder drukt Girard het uit: „De deux choses l'une: ou c'est la *legis actio* qui est nécessaire, essentielle, et alors il n'y pas de formule; ou c'est la formule, comme on pense en voyant là un remède aux vices de formes, et alors il n'y a pas de *legis actio*, il y a formule partout.” <sup>3)</sup>

En waaraan moet de rechter zich houden, indien de geformuleerde partijbeweringen (legis actiones) niet overeenstemmen met de formula? Volgens Bekker aan de formula, want zij is het heerschende element! Maar dan is Wlassak in zijn recht, als hij daartegen opmerkt, dat wij in dat geval in dien tijd niet zouden gehad hebben een procedure per legis actiones met formulae, maar een procedure per formulas, welke de legis actiones, die rechtez zonder eenige beteekenis waren, nog niet had terzijdegesteld.

Voorts zou, indien Bekker's opvatting juist was, Gaius als reden van het in discrediet geraken der legis actiones nimmer hebben kunnen wijzen op het feit, dat men gevaar liep zijn proces te verliezen door het niet-kennen van

---

<sup>1)</sup> *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 65. Verg. ook Bertolini, *Appunti didattici di diritto*, Serie Seconda, *Il processo civile*, I, bl. 219, n. 1.

<sup>2)</sup> Verg. ook Jobbé-Duval, *Explication du no. 173 du livre 1 du „De Oratore” de Cicéron*, in de *Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XXIX, bl. 16, n. 1.

<sup>3)</sup> *Manuel de droit romain*, bl. 1012, n. 1.



de woorden der wet <sup>1)</sup>. Dat gevaar zou dan immers zijn opgeheven door het gebruik der formula <sup>2)</sup>.

Tenslotte heeft Wlassak <sup>3)</sup> er op gewezen, dat de formula in *feitelijk* gebruik met het door Bekker aangegeven doel, en de formula na de proceshervorming, van elkaar geheel verschillende dingen zijn. In het eerste geval was zij een bewijsdocument, dat geen beslissend bewijs opleverde: beroep op de legis actio moet hebben opengestaan. Daarentegen kan na de proceshervorming als bewijs van het in iure behandelde alleen de formula dienen.

Valt dus Bekker's opvatting te verwerpen, daarin schuilt toch deze juiste gedachte, dat reeds vóór de lex Aebutia van de formulae inter cives werd gebruik gemaakt. Dwingende bewijzen hiervoor zijn niet te leveren. Maar deze meening past beter bij tal van algemeene verschijnselen in de Romeinsche rechtsgeschiedenis, dan de tegenovergestelde, die alle praetorische rechtsmacht vóór de lex Aebutia verwerpt.

Op zichzelf beschouwd heeft deze laatste theorie, gelijk zij thans nog met groote energie door Girard wordt verdedigd, een belangrijke mate van onwaarschijnlijkheid tegen zich. Want is het niet onwaarschijnlijk, dat de praetor vóór de invoering der procedure per formulas niet den minsten invloed bezat, een zuiver passieve rol vervulde in het proces, om daarna plotseling, zonder eenigen overgang, als een der meest invloedrijke personen naar voren te treden? Inderdaad een dergelijke verandering kan op den naam van hervorming allerminst aanspraak maken. „Das wäre wahrlich keine Reform mehr gewesen, sondern eine radikale Revolution, derengleichen die gesamte Rechtsge-

<sup>1)</sup> Verg. Cicero, *De Oratore*, I, 56; Gaius, *Inst.* IV, 30.

<sup>2)</sup> Verg. Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 1012, n. 1.

<sup>3)</sup> *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 65.

schichte kaum een Beispiel bieten dürfte, en dies bei einem Volke, dessen Konservatismus in rechtlichen Dingen fast sprichwörtlich geworden is. Wir müssten sehr deutliche en unwiederlegliche Berichte haben, um so etwas zu glauben." <sup>1)</sup>

Verder verzet zich de juiste beschouwing van het imperium van den magistraat tegen Girard's opvatting, gelijk in het bijzonder door Jörs <sup>2)</sup> op treffende wijze is aangetoond. Imperium, zoo zegt hij, zich beroepende op Mommsen, is almacht van den magistraat. Evenals eigendom is de bevoegdheid alles met een zaak te kunnen doen, de eenheid van het recht op een zaak, zoo is het imperium het recht alles te kunnen bevelen. Natuurlijk kan dit recht door een wet worden beperkt, maar zoolang die wet ontbreekt, heerscht het imperium onvoorwaardelijk. Jörs komt dan tot deze slotsom: „so wird es klar sein, dass dasselbe (lex Aebutia) die Klagformeln nicht erst eingeführt haben kann. Denn da dieselben formal nichts sind als ein magistratlicher Befehl an den Richter, so ist nicht abzusehen, weshalb der Praetor zum Erlass eines solchen erst durch ein besonderes Gesetz in Stand gesetzt werden musste, während er ohne Zweifel von jeher durch sein Imperium dazu rechtlich befugt war. Aus den Grundsätzen des römischen Staatsrechts ziehen wir die Berechtigung, bei unserer obigen Auffassung stehen zu bleiben, dass die Praetoren auch vor dem aebutischen Gesetz in der Lage waren den Richter mit Klagformeln zu instruieren, und dass sie von diesem formell ihnen immer zustehenden

---

<sup>1)</sup> Aldus Lenel, *Der Prätor in der legis actio*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtgesch., Rom. Abt.*, XXX, bl. 333.

<sup>2)</sup> *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, I, bl. 177 en 178. Verg. ook Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Diokletian*, I, bl. 49.



Recht Gebrauch machten, wenn und so weit sie damit einem im Volke lebenden Rechtsbedürfnis zu entsprechen glaubten." <sup>1)</sup>

Girard <sup>2)</sup> echter ontzegt den praetor vóór de lex Aebutia het recht inter cives actiones in factum te geven met een beroep op Gaius, *Inst.* IV, 11:

Actiones quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo, quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur), vel ideo quia ipsarum legum verbis accomodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur.

Volgens Girard zegt Gaius: de legis actiones werden zoo genoemd, omdat zij door de wet zijn gegeven. Zij waren alleen bij de veteres in gebruik. Want de edicta praetoris, die tal van actiones in factum hebben ingevoerd, bestonden toen nog niet. *Zoolang er dus legis actiones waren, geen actiones in factum.* Eerst de lex Aebutia schonk den praetor de bevoegdheid tot het geven van actiones in factum (verg. Gaius, *Inst.* IV, 30).

Nu neemt Girard zelf aan, dat de lex Aebutia een facultatieve regeling trof; dat tot de leges Iuliae formulae en legis actiones naast elkaar hebben voortbestaan. Maar dan kan Gaius ook niet bedoeld hebben te zeggen, dat zoolang er legis actiones bestonden, actiones in factum ontbraken. Men zou hiertegen kunnen opmerken, dat deze

<sup>1)</sup> Zie het in de vorige noot aangehaalde werk, bl. 179.

<sup>2)</sup> *La date de la loi Aebutia*, in de *Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XXI, bl. 252 en 253 en 253, n. 2; *Nouv. observations sur la date de la loi Aebutia*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXIX, bl. 150 vlg.; *Manuel de droit romain*, bl. 533, n. 4.

Verg. ook Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano*, Serie Seconda, *Il processo civile*, I, bl. 202, n. 2.

opvatting van het facultatieve voortbestaan der legis actiones na de lex Aebutia weinig meer is dan een hypothese. Maar moeilijk zal kunnen worden ontkend, dat ten tijde van Cicero, zooals Bekker heeft aangetoond, legis actio en formula naast elkaar werden gevonden. Girard's verklaring van Gaius, *Inst.*, IV, 11 is daarom niet zeer waarschijnlijk. Waarschijnlijker is, dat Gaius heeft willen zeggen: *op het oogenblik (tunc)*, dat de legis actiones werden ingevoerd, bestonden er nog geen actiones in factum<sup>1)</sup>. Over het al of niet bestaan van actiones in factum inter cives vóór de lex Aebutia laat Gaius zich hier niet uit.

Ook uit het interdiktenproces blijkt, dat de praetor wel ter dege zelfstandig regelend kon optreden, om de leemten, door de wet gelaten, aan te vullen. Interdikten toch werden door den praetor gegeven om hulp te verschaffen, waar de legis actiones in den steek lieten<sup>2)</sup>. Zij waren niets anders „als ein vom Magistrat auf den gesetzesfreien Gebiet von sich aus gewährten Rechtsschutz.”

Voorts had de praetor reeds tijdens de oude procedure het ius denegandi actionem. Ook dit wordt door Girard ontkend. Als algemeen bezwaar daartegen voert hij aan: „Ce qu'on n'a pas le droit d'accorder, on n'a pas le droit

---

<sup>1)</sup> Aldus Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, II, bl. 304 en 305; *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, XXV, bl. 136.

Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*, II, bl. 733; *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, bl. 853, n. 2.

Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Diokletian*, I, bl. 56.

Esmein, *La nature originelle de l'action rei uxoriae*, in de *Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XVII, bl. 167, die ten aanzien der actio rei uxoriae een procedure per formulas aanneemt vóór de lex Aebutia.

<sup>2)</sup> Verg. o. a. Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, bl. 825.



de le refuser. Par conséquent, dans un système procédural où le magistrat n'a pas le droit d'accorder l'action, il n'a pas le droit de la refuser. Il n'a pas le droit d'accorder l'action, ou plus précisément d'autoriser à l'exercer valablement, quand la loi ne la donne pas, parce qu'elle ne vient pas de lui, mais de la loi, qu'il n'a pas le droit de la refuser, ou plus exactement d'empêcher de l'exercer, quand la loi la donne." <sup>1)</sup>

Deze redeneering gaat echter niet op. Want consequent gedacht, kon dan de praetor tijdens de procedure per formulas evenmin het *ius denegandi* van *actiones civiles* hebben gehad. Ook die acties gaf de praetor niet; zij stonden aan de partij van rechtswege (*ipso iure*) ten dienste (*actio competit*)<sup>2)</sup>. Wel wordt in de bronnen soms gesproken van „*dare actionem*”, maar dat wil niet zeggen, dat de praetor een *actio civilis* geeft, maar dat hij de partijen toestaat van haar gebruik te maken, haar *niet denegeert* <sup>3)</sup>.

Een bevestiging van zijn meening ziet Girard in Cicero, *Pro Murena*, 12, 26:

Praetor interea ne pulchrum se ac beatum putaret  
atque aliquid ipse sponte sua loqueretur, ei quoque

<sup>1)</sup> *Nouv. observations sur la date de la loi Aebutia*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXIX, bl. 129. Verg. *Manuel de droit romain*, bl. 39, n. 1, 992, n. 4.

*Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, I, bl. 195—198.

<sup>2)</sup> Verg. b.v. Gaius, *Inst.* IV, 112.

<sup>3)</sup> Verg. Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 42 vlg.; vooral bl. 46; II, bl. 358; *Edikt und Klageform*, bl. 9; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, I, bl. 463, n. 1; *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, bl. 378, n. 1; Krüger, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*, bl. 40 en 40, n. 28 en 30; Wenger, *Zur Lehre von der actio iudicati*, bl. 141, n. 14; Erman, *Zur Behandlung der Aktionen in den nachklassischen Rechtsbüchern*, in *Mélanges Fitting*, II, bl. 596 en 597. Verg. nog Busz, *Die Form der Litiscontestatio im klassischen römischen Recht*, bl. 44, n. 2.

carmen compositum est, cum ceteris rebus absurdum tum vero in illo.

Lenel heeft hiertegen opgemerkt, dat Cicero's uiting niet heeft de beteekenis, door Girard daaraan gehecht. Cicero drijft hier den spot met de vaak in zoo deftig-belachelijken vorm opgestelde legis actiones. In plaats van: fundus Sabinus meus est, moest de eischer zeggen: fundus, qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum ex iure Quiritium meum esse aio. Zelfs de praetor kon zich niet op het voorrecht beroemen, van een dergelijken plicht te zijn ontheven. Ook voor hem hadden de pontifices en juristen een dergelijk absurdum carmen samengesteld, waaraan hij zich had te houden. Dat echter de praetor het ius denegandi miste, zegt Cicero niet, en zijn woorden wettigen geenszins Girard's vergaande gevolgtrekking: „Il doit... prononcer les paroles que la loi lui ordonne de prononcer. Mais c'est à peu près tout. Il ne peut ni accorder l'action, quand la loi ne l'accorde pas, ni, à notre sens, la refuser, quand la loi la donne.”<sup>1)</sup>

Het beste bewijs voor de juistheid van zijn opvatting acht Girard gelegen in het systeem des leges imperfectae en minus quam perfectae, „qu'on voit alors poursuivre par le mécanisme incommode d'une action en répétition le résultat qui a plus tard été atteint plus simplement au moyen d'une exception et qui eut été dès alors obtenu sans peine à l'aide d'un refus d'action si le magistrat avait eu le droit de *denegare legis actionem*.”<sup>2)</sup>

Girard noemt dit een „expédient gauche et compliqué”,

<sup>1)</sup> *Manuel de droit romain*, bl. 992, n. 4; verg. *Historie de l'organisation judiciaire des Romains*, I, bl. 69.

<sup>2)</sup> *Nouvelles observations sur la date de la loi Aebutia*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, XXIX, bl. 134.



waartoe de Romeinen nimmer hun toevlucht zouden genomen hebben, indien de praetor het *ius denegandi* had gehad.

Neem b.v. de *lex Praetoria* ( $\pm$  190 v. Chr.), die den minor beschermde tegen dengene, die met hem een overeenkomst had aangegaan en hem daarbij had misleid. Deze wet, aldus Girard, vernietigde de rechtshandeling niet; de minor moest betalen, indien de schuldeischer ging vorderen, want een exceptie daartegen opwerpen kon hij niet; — de *exceptio legis Plaetoriae* is eerst van lateren datum. De minor kreeg nu een actie tot teruggave van hetgeen hij den schuldeischer, die in strijd met de *lex Plaetoria* gehandeld had, had moeten betalen. Met welke andere bedoeling, zoo vraagt Girard, kan nu een dergelijke omslachtige regeling zijn ingevoerd, dan om de hulp te verschaffen, die door het ontbreken van de bevoegdheid des praetors tot *denegatio actionis* noodzakelijk was?

Girard ziet dus in de actie van den minor tot teruggave een afschrikkingsmiddel, een middel om den schuldeischer te doen afzien van het instellen der vordering uit de overeenkomst in strijd met de *lex Plaetoria* met den minor gesloten. Waarom zou hij thans een vordering instellen, om iets op te eischen, wat hij straks toch weer zal moeten teruggeven? Maar blijkt hieruit niet, vraagt Girard, dat de bevoegdheid tot *denegatio* der actie van den schuldeischer den praetor toen nog niet was geschonken?

Ons antwoord luidt ontkennend. Dat de *lex Plaetoria* een actie tot teruggave aan den minor gaf, schijnt door verschillende plaatsen in de bronnen te worden bevestigd <sup>1)</sup>. Daaruit behoeft echter niet te volgen, dat de praetor het *ius denegandi* miste. Die actie tot teruggave is waarschijnlijk

---

<sup>1)</sup> Verg. *Lex Iulia Municipalis*, l. 111; l. 24 § 3 D. IV, 4.

alleen gegeven, om hem, die uit rechtsonkunde *vrijwillig* had betaald, te beschermen, maar niet om den schuldeischer van een vorderen *in rechte* af te schrikken, bij gebreke van andere middelen. In dezen zin, in den zin van *buitengerechtelijk* vorderen, moet ook het „exegisset en exegissent” in Gaius *Inst.* IV, 22 en 23 worden opgevat <sup>1)</sup>.

Ging de schuldeischer procederen, dan kon de gedaagde daartegen de exceptio legis Plaetoriae opwerpen, die dan denegatio actionis ten gevolge had. Gaius, *Inst.* IV, 108 <sup>2)</sup> verzet zich tegen deze opvatting niet. Daar wordt niet gezegd, dat de excepties ten tijde der legis actiones nog niet bestonden, zooals Girard <sup>3)</sup> e. a. meenen, maar dat het gebruik van de excepties toenmaals een ander was dan dat tijdens de procedure per formulas (*nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum*). Tijdens de procedure per legis actiones werden de excepties, door den gedaagde opgeworpen, in iure onderzocht, en de *praetor* denegeerde de actie van den eischer, indien de gegrondheid der exceptie bleek. Tijdens de procedure per formulas werd het

<sup>1)</sup> Verg. hierover Lenel, *Der Prator in der legis actio*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, XXX, bl. 335-338; Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des romains*, bl. 853, n. 1.

<sup>2)</sup> Gaius, *Inst.* IV, 108: „Alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum.”

<sup>3)</sup> *Manuel de droit romain*, bl. 1046, n. 4; *La date de la loi Aebutia*, in de *Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XXI, bl. 256; *Nouv. observations sur la date de la loi Aebutia*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, XXIX, bl. 148 vlg..

Zie ook Rabel, *Bespreking van Wlassak's Der Ursprung der römischen Einrede*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, XXXII, bl. 413 vlg..

Wenger, *Zur Lehre von der actio iudicati*, bl. 92, n. 1 en in *Pauly-Wissowa's Real-Enzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaften*, s. v. *exceptio*. Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano, Serie Seconda, Il processo civile*, I, bl. 202, n. 2.



onderzoek der excepties door den praetor aan den *iudex* opgedragen, die dan de vordering toezegde of afwees, naargelang de door den gedaagde aangevoerde exceptieve beweringen al of niet waren komen vast te staan <sup>1)</sup>).

Hiertegenover staat, dat volgens Livius een Senatusconsultum van 177 v. Chr. bepaalde, dat ieder, die een manumissio vindicta wilde doen, moest zweren: civitatis mutandae causa manu non mittere, en dat, zoo dit niet geschiedde, de praetor de manumissio kon weigeren <sup>2)</sup>).

Het Stadsrecht van Bantia kende den magistraat de bevoegdheid toe, binnen een bepaalden termijn de legis actio te verhinderen. Hij kon zelfs, indien hij een boete niet vreesde, zijn medewerking aan een legis actio geheel onthouden.

De Lex Osca Tabulae Bantinae, 5, bepaalde:

Praetor sive praefectus, qui posthac Bantiae erit, si quis apud eos cum altero lege agere volet aut pro iudicato manum asserere earum rerum, quae hisce in legibus scriptae sunt, ne quem prohibeat magis diebus X proximis. Si quis contra hoc prohibuerit multa tanta esto: n. M. <sup>3)</sup>

Girard geeft hiervan de volgende verklaring: De beambte is wel in staat de legis actio te verhinderen

<sup>1)</sup> Livius, 41, 9, „Ad legem et edictum consulis senatusconsultum adjectum est, ut dictator consul interrex censor praetor qui tunc esset, apud eorum quem, qui manumitteretur, in libertatem vindicaretur, ut iusiurandum daret qui eum manumitteret: qui id non iuraret eum manumittendum non censuerunt.”

<sup>2)</sup> Verg. Wlassak, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXVIII, bl. 100, noot.

v. Mayr, *Römische Rechtsgeschichte*, II, 1, bl. 124.

<sup>3)</sup> Verg. Bruns, *Fontes iuris Romani antiqui*.

binnen den wettelijken termijn, maar slechts in zeer beperkte mate, want hij is geheel afhankelijk van de partijen. „Mais, une fois les parties devant lui, il ne peut pas empêcher la liaison du procès en refusant son concours” <sup>1)</sup>. Zorgt dus de praetor slechts, dat hij gedurende den wettelijken termijn buiten het bereik der partijen blijft, dan loopt hij geen gevaar. Hebben zij het echter zoover gebracht, dat zij vóór hem staan, dan is hij zijn vrijheid kwijt en moet hij de legis actio toelaten.

Waarschijnlijk is deze verklaring niet. Zou deze verordening van Bantia niet veeleer een treffend getuigenis inhouden van de groote macht, die de praetor ook tijdens de procedure per legis actiones had? Zou niet, juist om die macht binnen zekere grenzen te houden, zijn ius denegandi aan een wettelijken termijn van tien dagen zijn gebonden en het overschrijden ervan met boete bedreigd?

Valerius Maximus <sup>2)</sup> verhaalt ons van een magistraat, die „heredes lege agere passus non est.”

En Cicero <sup>3)</sup> spreekt van een Edict van Drusus over de denegatio van eene vindicatio in libertatem. Het is waar, geenszins staat vast, dat deze berichten op den tijd vóór de lex Aebutia betrekking hebben. Gesteld echter, dat dit niet het geval is, dan nog zouden zij de bevoegdheid van den magistraat tot het denegeeren van een *legis actio* buiten twijfel stellen. Of dit vóór of na de lex Aebutia was, doeter weinig toe <sup>4)</sup>. De bevoegdheid van den magistraat bij de legis actiones na de lex Aebutia, is precies dezelfde,

<sup>1)</sup> *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, I, bl. 200.

<sup>2)</sup> *Factorum et dictorum memorabilium libri novem*, VII, 7, § 5,

<sup>3)</sup> *Ad Atticum*, VII, 2, 8.

<sup>4)</sup> Dit tegen Girard, die onderscheid maakt tusschen legis actio vóór en na de lex Aebutia.



als die daarvóór. Kan de magistraat vóór de *lex Aebutia* een *legis actio* niet denegeren, dan kan hij het evenmin daarna.

Ten slotte, wie anders dan de praetor moet ten laatste beslissen in geval van *concursum electivum*, indien de partijen het niet eens kunnen worden? Wlassak<sup>1)</sup> noemt als voorbeeld de keus tusschen de *legis actio per conditionem* en die *sacramento* bij persoonlijke vorderingen<sup>2)</sup>. Wat nu, als de partijen blijven verschillen over de te kiezen *legis actio*? Dan kan de eischer zelfstandig ageeren, zegt Girard. Maar dat kan niet, want een eenzijdige *legis actio* van deze soort bestaat niet. Daarom moet in een dergelijk geval ten slotte de magistraat het recht hebben de eene *legis actio* toe te staan en de andere te weigeren.

En wie, vraagt Lenel, beschermt dengene, die beweert een vruchtgebruik te hebben, tegen den eigenaar, die niet de *actio negatoria*, maar de *rei vindicatio* tegen hem instelt? Indien de praetor de *rei vindicatio* hier niet kon denegeren, zou de vruchtgebruiker het proces verliezen.

<sup>1)</sup> *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt. XXVIII, bl. 109 vlg..

<sup>2)</sup> Dat na de invoering der *legis actio per conditionem* de partijen bij persoonlijke vorderingen, gericht op certa pecunia of certa res, de keus hadden tusschen de *legis actio per iudicis postulationem*, *sacramento* en die *per conditionem*, blijkt uit Gaius, *Inst.* IV, 20: *Quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo quod nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento aut per iudicis postulationem agere, valde quaeritur.*

Verg. ook Gaius, *Inst.* IV, 95.

Zie hierover Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 105/106, II, bl. 2, n. 3; Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 1006/07; *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, I, bl. 188, n. 1; Baron, *Abhandlungen aus dem römischen Civilprocess*, I, *Die Conditionen*, bl. 2 en 195 vlg.; von Koschembahr-Lyskowski, *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, II, bl. 41, n. 1; Bekker, *Zur Lehre von den Legisaktionen* in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXV, bl. 58.

Wil men aan al deze bezwaren ontkomen, dan blijft niets anders over dan den praetor ook voor den tijd der procedure per legis actiones het recht toe te kennen de actie te denegeren, zoo daartoe gronden bestaan <sup>1)</sup>).

Tot het aannemen van de stelling, dat de procedure per formulas inter cives vóór de lex Aebutia bestond, leidt ook de omstandigheid, dat vóór die wet in het proces inter peregrinos een formula werd gebruikt, gelijk door Huschke in 1826 reeds werd vermoed, en thans door de meeste schrijvers als vaststaande wordt aangenomen. Terecht merkt Mitteis <sup>2)</sup> op, dat een direct bewijs voor deze opvatting niet is te leveren. Maar het beste bewijs, zegt hij, is juist een indirect: de niet-toepasselijkheid der procedure per legis actiones op de peregrini <sup>3)</sup>. De peregrini waren allen van de legis actio uitgesloten. Legis actio is een procedure, ingericht naar de voorschriften van een lex, een ordening voor burgers. Lege agere kon dus alleen een civis romanus, geen peregrinus.

Ten aanzien van de legis actio sacramento blijkt dit duidelijk uit Cicero, *Pro Caenina*, 33 § 97 <sup>4)</sup>:

<sup>1)</sup> Verg. Lenel, *Der Prätor in der legis actio* in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXX, bl. 334.

<sup>2)</sup> *Analecta Litteraria*, bl. 216/217.

<sup>3)</sup> *Römisches Privatrecht bis auf Diokletian*, I, bl. 43, n. 8.

<sup>4)</sup> Verg. Muirhead, *Introduction historique au droit privé de Rome*, (trad. franç. par Bourcart), bl. 136 en n. 3, bl. 312/313.

<sup>5)</sup> Verg. hierover Naber, *De formularum origine*, in het *Tijdschr. voor Rechtsgesch.*, I, Afl. 2, bl. 231; Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, II, bl. 186 vlg.; Desserteaux, *Le cas de la femme d'Arretium*, in *Mélanges Gérardin*, bl. 181 vlg..

Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Diokletian*, I, bl. 124, n. 45; Levy, *Sponsio, fideiussio, fidepromissio*, bl. 67 en 67, n. 2; von Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, II, bl. 56, n. 19; Huschke, *Gaius*, bl. 212 vlg.; Sohm, *Institutionen des römischen Privatrechts*, bl.



Cum Arretinae mulieris libertatem defenderem et Cotta decemviris religionem iniecisset, non posse nostrum sacramentum iustum iudicari, quod Arretinis adempta civitas esset, et ego vehementius contendissem, civitatem adimi non potuisse, decemviri prima actione non iudicaverunt; postea re quaesita et deliberata sacramentum nostrum iustum iudicaverunt. Atque hoc et contra dicente Cotta et Sulla vivo iudicatum est. Iam vero in ceteris rebus, ut omnes, qui in eadem causa sunt et lege agant et suum ius persequantur et omni iure civili sine cuiusquam aut magistratus aut iudicis aut periti hominis aut imperiti dubitatione utantur, quid ego commemorem? Dubium esse nemini vestrum certo scio.

Caecina verkeert in hetzelfde geval, als de vrouw uit Arretium. Sulla had indertijd aan de inwoners van die stad het burgerrecht door een wet ontnomen. Daarom moesten de tienmannen, alvorens de eigenlijke kwestie te onderzoeken, een antwoord geven op de vraag, of Sulla hiertoe bevoegd was. Ware deze bevoegdheid door hen erkend, dan zou het geheele proces daarmee van de baan geweest zijn, want als niet-burgeres miste zij dan de bevoegdheid tot een *legis actio sacramento*. Ook de inwoners van Volaterra, de vaderstad van Caecina, heeft Sulla van het burgerrecht beroofd. Volgens Cicero is dit besluit van Sulla ongeldig, want door ieder wordt de bevoegdheid der inwoners van Arretium tot het „lege agere” en het „omni iure civili uti” erkend. Cicero beschouwt hier dus de bevoegdheid tot *lege agere* als een bijzonder geval van de bevoegdheid tot *iure civili uti*, en de *legis actio* derhalve als een zuiver *civiele*, romeinsche procedure.

In 'Gaius' *Inst.* IV, 31:

sane quidem cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum vel peregrinum, ligt niet een bewijs voor de bevoegdheid der peregrini tot het lege agere. De uitbreiding van het aantal der cives romani gedurende den Keizertijd maakte noodzakelijk, dat de praetor peregrinus ook in „burgerlijke” rechtsgedingen recht sprak. Indien dat niet het geval ware geweest, zou de rechtspraak van den praetor urbanus een ernstige vertraging hebben ondervonden wegens het overstelpende aantal van rechtzoekende cives.

Indien nu de peregrini van de legis actio waren uitgesloten, van welk ander procesmiddel konden zij dan gebruik maken, zoo niet van de formula? Want een derde procesmiddel is den Romeinen waarschijnlijk niet bekend geweest. Nergens in de bronnen tenminste wordt er over gesproken<sup>1)</sup>.

Neem nu b.v. de contractus, qui consensu perficiuntur. Deze hebben zich, zoo wordt algemeen geleerd, ontwikkeld in de rechtspraak van den praetor peregrinus. Voorts heeft voor deze contracten nimmer een legis actio gegolden. Von Keller's opvatting, dat de legis actio per iudicis arbitrive postulationem het middel is geweest om vorderingen uit deze contracten geldende te maken, dient op tal van gronden verworpen te worden. Maar dan moet men óf het ontstaan van die contracten in het ius civile vóór de lex Aebutia verwerpen, óf aannemen, dat deze contracten reeds eerder door den praetor in het civielrecht waren overgenomen, waarbij dan per formulas werd geprocedeerd. Deze laatste mogelijkheid is zeker wel de waarschijnlijkste. Want is

---

<sup>1)</sup> Partsch, *Die Schriftformel im römischen Provinzialprozeß*, bl. 1—52, heeft op grond van Grieksche inschriften aangetoond, dat in de tweede eeuw vóór Christus per formulas in de Romeinsche provincie's werd geprocedeerd.



aan te nemen, dat de Romeinen zich in geval van koop met de oude mancipatio moesten tevreden stellen, terwijl de peregrini zich van de vormelooze koopovereenkomst konden bedienen?

De peregrini te Rome ageerende, zouden dan in veel gunstiger omstandigheden hebben verkeerd dan de cives romani.

Is aldus waarschijnlijk, dat reeds vóór de lex Aebutia de formulae inter cives werden gebruikt, dan is de vraag: hoe hebben wij te verstaan Gaius, *Inst.* IV, 30:

Per legem Aebutiam et duas leges Iulias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est, per formulas litigaremus.

O. i. aldus. De lex Aebutia en de leges Iuliae hebben bewerkt, dat de cives romani procedeerden per formulas, d. w. z. zij maakten de procedure per formulas tot een *wettelijke* procedure. Vóór de lex Aebutia werd ook reeds van de formula soms gebruik gemaakt, door middel van een formula geprocedeerd. Maar een dergelijke procedure steunde niet op de wet. De wettelijke procedure was toen immers die per legis actiones. De procedure per formulas werd gegeven door den magistraat, die uit kracht van zijn imperium daartoe de bevoegdheid had. Zij was, wat later genoemd werd een iudicium imperio continens. De lex Aebutia bracht hierin verandering. De procedure per formulas, tot nu toe een procedure berustende op het imperium van den magistraat, wordt thans bevorderd tot een iudicium legitimum, zij het ook, dat de procedure per legis actiones als wettelijke procedure facultatief naast haar bleef voortbestaan tot de leges Iuliae. Het obligatoir karakter der procedure per legis actiones werd door de lex Aebutia opgeheven. De volledige afschaffing der legis actiones vond

plaats door de *leges Iuliae*, nadat waarschijnlijk in de praktijk aan haar bestaan grootendeels reeds *feitelijk* een einde was gekomen. „Am Stelle der Spruchformel tritt die Schriftformel, am Stelle der Legisactio die formula.” Invoeren wil dus niets anders zeggen dan: van een wettelijken grondslag voorzien. Het proces uit den klassieken tijd is een *wettelijk* proces; zijn wettelijken grondslag is gelegen in de *lex Aebutia* en de *leges Iuliae*. Daarom moet worden veroordeeld de bewering van Schultze<sup>1)</sup>: „Während der Blüthezeit „der prätorischen Privatrechtszeugung, d. h. des Formularprozesses, giebt er nur *ein* actuelles Recht und das ist „das vom Magistratus, sei es per decretum, sei es per formulam, für den concreten Fall gebotene Recht.”

Aldus opgevat, worden ook de woorden van Gellius duidelijk: „omnis illa antiquitas lege Aebutia lata consopita sit.” Zij willen zeggen: na de *lex Aebutia* verdwenen de *legis actiones* vanzelf, d. i. door de practijk. Het is immers heel begrijpelijk, dat het facultatief stellen der *legis actiones* en *formulae*, het geven van de keus aan de partijen tusschen de procedure per *formulas* en die per *legis actiones*, tenslotte daartoe moest leiden, dat de *legis actiones* langzamerhand in onbruik geraakten; een ieder zijn toevlucht nam tot de *formulae*; totdat de *leges Iuliae* dezen toestand wettelijke sanctie verleenden door aan de *legis actiones* ook het facultatief karakter te ontnemen, behoudens de uitzonderingen, die Gaius, *Inst.* IV, 31 opnoemt.

---

<sup>1)</sup> *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung*, I, bl. 384.



## HOOFDSTUK II.

### OORSPRONG DER IUDICIA BONAE FIDEI.

---

#### § 1. Inleiding.

Het onderzoek naar den oorsprong der iudicia bonae fidei komt neer op deze twee hoofdvragen:

1. Zijn de iudicia bonae fidei van civielrechtelijken of van praetorisch-rechtelijken oorsprong? Of kortweg gezegd: danken zij hun ontstaan aan de wet of aan den praetor?
2. Bestonden zij reeds vóór de lex Aebutia, of eerst daarna?

Door niemand kan, volgens onze meening, op deugdelijke gronden worden ontkend, dat de iudicia bonae fidei in het klassieke recht als actiones civiles bekend zijn. Zij hebben immers een intentio in ius concepta, welke luidt: „quidquid Ns Ns A° A° dare facere oportet ex fide bona.”<sup>1)</sup> Het dare facere oortere wijst op een verplichting van den gedaagde tot praestatie, in het ius civile gegrond<sup>2)</sup>. Door de opname

---

<sup>1)</sup> Verg. Gaius, *Inst.* IV, 2, 45, 47.

<sup>2)</sup> Verg. hierboven bl. 20. Voorts Dernburg, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte*, bl. 59, no. 2. Verg. denzelfde in zijn *Bespreking van von Keller's Der römische Civilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung*, in het *Heidelb. Kritische Zeitschrift*, I, bl. 473, en Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, II, bl. 302, n. 10.

van de clausule ex fide bona wordt de intentio geenszins van haar civiele natuur beroofd en gestempeld tot een praetorische. Dit blijkt zonder meer uit het feit, dat in tal van onverdachte teksten<sup>1)</sup> van de bronnen de iudicia bonae fidei tot de actiones civiles worden gerekend. En het vindt de meest sterke bevestiging in Gaius, *Inst.* IV, 47, waar de actio depositi in ius concepta, met de clausula ex fide bona, gesteld wordt tegenover die in factum concepta, welke een dergelijke toevoeging ten eenen male mist.

Slechts hij, die in navolging van Eisele<sup>2)</sup> het ius civile en het aequum et bonum beschouwt als twee met elkaar onverzoenlijke grootheden; meent, dat het eene het andere uitsluit, kan tot een opvatting komen als door ons hierboven werd aangegeven.

Echter vormt het aequum et bonum, wel verre van te zijn een tegenhanger van het ius civile, veeleer een deel daarvan. De rechter, die deze instructie ontvangt:

Quod A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> apud N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> mensam argenteam deposuit,  
qua de re agitur, quidquid ob eam rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup>  
dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup>  
A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> condemnato, si non paret, absolvito,

heeft acht te slaan op die regels van het aequum et bonum, welke in het ius civile zijn opgenomen, *rechtsregels* zijn geworden<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Verg. hiervoor bl. 21 n. 2 van dit proefschrift. Voorts Birkmeyer, *Die Exceptionen im bonae fidei iudicium*, § 14: *Ist die bonae fidei actio als solche Civilklage?* Verg. nog Lenel, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, bl. 65 vlg..

<sup>2)</sup> *Die materielle Grundlage der Exceptio*, bl. 175. Zie over de opvatting van Eisele en over die van Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, bl. 48 en 49, die het civielrechtelijk karakter der iudicia bonae fidei volstrekt ontkent, hierboven bl. 21, vlg..

<sup>3)</sup> Verg. Wlassak, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, bl. 161



Mag dus het civielrechtelijke *karakter* van de iudicia bonae fidei als vaststaande worden aangenomen, geheel anders is het gesteld met hun *geschiedenis*. De gegevens daarover zijn blijkbaar niet van dien aard, dat eenstemmigheid te verkrijgen is.

In het bijzonder is heftige strijd gevoerd over de vraag, of zij van den beginne af als actiones civiles bestaan hebben, dan wel oorspronkelijk als actiones in factum, die dan naderhand, door opname in het ius civile, tot actiones civiles werden bevorderd.

Die strijd dateert echter eerst van het laatste kwart der vorige eeuw. Den ouderen Romanisten schijnt dit vraagstuk weinig zorg te hebben gebaard. Althans noch von Savigny, noch Puchta, noch von Keller, noch von Bethmann-Hollweg, noch Zimmermann — om de voornaamsten te noemen — spreken daarover, naar ons beste weten, ook maar met één woord.

De oorzaak van dit verschijnsel behoeft o. i. niet ver te worden gezocht. Naar alle waarschijnlijkheid is zij wel hierin gelegen, dat in die dagen door niemand nog aan een overgang van praetorische instituten in het ius civile werd gedacht. Zoo moest dan ook, volgens hunne beschouwing, een actie, die in het klassieke recht een actio in ius concepta was, van stonde aan als zoodanig hebben bestaan. Duidelijk blijkt dit uit hetgeen Zimmermann schrijft: „die iuris civilis intentio der im Formularprozesse so benannten bonae fidei iudicia spricht für die Herleitung aus dem Prozesz durch legis actio.” <sup>1)</sup>

---

Zimmermann, *Kritische Bemerkungen zu Eisele's Schrift über die materielle Grundlage der Exceptio*, bl. 10/11; Birkmeyer, *Die Exceptionen im bonae fidei iudicium*, bl. 96 en 97.

<sup>1)</sup> *Geschichte des römischen Privatrechts bis auf Iustinian*, III, bl. 117.

Eerst door Zimmermann<sup>1)</sup> is de mogelijkheid van een overgang van praetorische acties in het ius civile betoogd. Latere schrijvers, in het bijzonder Wlassak<sup>2)</sup> en Mitteis<sup>3)</sup>, hebben dit denkbeeld verder uitgesponnen.

Door von Savigny c.s. werd blijkbaar over het hoofd gezien, dat men, door den civielrechtelijken oorsprong der iudicia bonae fidei staande te houden, in moeilijkheden kwam met Cicero, *De Officiis*, III, 15, § 61:

Atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela XII tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoria, et sine lege iudiciis in quibus additur ex fide bona.

Wel werd later van andere zijde<sup>4)</sup> gepoogd, de waarde van dit argument te niet te doen, door „sine lege” te betrekken niet bij „iudiciis”, maar bij „dolus malus erat vindicatus”, doch deze poging heeft, gelijk hieronder nader zal worden aangetoond, niet het minste succes gehad en kon dit ook niet hebben, omdat een dergelijke omzetting van den tekst, gesteld al haar toelaatbaarheid, in zijn wezenlijke beteekenis geen verandering teweegbrengt.

Men beschouwde dus in dien tijd algemeen de iudicia bonae fidei als actiones, die steeds civiles waren geweest. Bleef derhalve nog slechts de vraag, of zij ontstaan waren vóór of na de lex Aebutia, en van welke legis actio dan

<sup>1)</sup> *Aechte und unächte Negotiorum Gestio*, bl. 11, n. 13. Verg. denzelfden schrijver in zijn *Kritische Bemerkungen zu Eisele's Schrift über die materielle Grundlage der Exceptio*, bl. 35.

<sup>2)</sup> *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, § 12.

<sup>3)</sup> *Römisches Privatrecht bis auf Diokletian*, I, bl. 54 vlg..

<sup>4)</sup> Met name door Ubbelohde, *Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species*, bl. 81, in navolging van Arndts, *Ipse dolus und quasi-dolus*, in het *Oesterr. Vierteljahresschrift für Rechts- und Staatswissenschaft*, XVII, bl. 188. Verg. echter denzelfde (Arndts) in het *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, VII, bl. 1.



in het eerste geval de eischer uit een *bonae fidei contractus* kon gebruik maken.

In hoofdzaak valthier drieërlei opvatting te onderscheiden:

- I. De *iudicia bonae fidei* zijn reeds vóór de *lex Aebutia* ontstaan. De *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* stond den eischer uit een *bonae fidei contractus* ten dienste. Aldus o. a. von Keller en von Bethmann-Hollweg.
- II. De *iudicia bonae fidei* zijn eerst na de *lex Aebutia* ontstaan. Want in de procedure per *legis actiones* was voor hen geen plaats, en voor de *cives romani* is deze procedure tot de *lex Aebutia* de alleen geldende geweest. Aldus o. a. von Ihering, Ubbelohde, Voigt, Kuntze.
- III. De *iudicia bonae fidei* zijn reeds vóór de *lex Aebutia* ontstaan. De vorderingen uit *bonae fidei contractus* konden worden geldend gemaakt door middel van de *legis actio per conditionem*. Aldus o. a. Demelius, Brinz, Baron.

Hiertegenover staat de opvatting van hen, die leeren, dat de *iudicia bonae fidei* oorspronkelijk niet bestonden als *actiones ex lege*, maar als *actiones sine lege*.

Op de vraag: ligt het tijdstip van hun ontstaan vóór of na de *lex Aebutia*, wordt dan tweeërlei antwoord gegeven:

- I. Sommigen plaatsen het ontstaan der *iudicia bonae fidei* vóór de *lex Aebutia*, want ook toen reeds kende het Romeinsche recht *actiones sine lege*, waarbij niet van de procedure per *legis actiones*, maar van die per *formulas* werd gebruik gemaakt. Aldus o. a. Wlassak en Mitteis.
- II. Anderen meenen, dat eerst na de *lex Aebutia* van *iudicia bonae fidei* sprake kon zijn. Want vóór die

wet waren alle actiones inter cives actiones ex lege, legis actiones. Actiones sine lege werden toen inter cives nog niet gegeven, en de procedure per formulas inter cives dateert van den tijd na de lex Aebutia. Aldus o. a. Girard.

In de volgende §§ willen wij deze verschillende opvattingen achtereenvolgens bespreken.

## § 2. Opvatting van von Keller e. a.

Volgens von Keller<sup>1)</sup> bestonden de iudicia bonae fidei reeds tijdens de procedure per legis actiones, en kon de eischer uit een contractus bonae fidei door middel van de legis actio per iudicis arbitrive postulationem ageeren.

Von Keller's leer heeft intusschen weinig aanhang gevonden, hoewel toch niemand minder dan von Bethmann-Hollweg haar zijn bijval schonk.

Die geringe sympathie is begrijpelijk.

Want terwijl nergens in de bronnen een plaats aan te wijzen valt, die von Keller's opvatting steun verleent, zegt Gaius uitdrukkelijk, dat de legis actio per iudicis

<sup>1)</sup> *Der römische Civilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung*, blz. 33 vlg., 81 vlg., Op hetzelfde standpunt stellen zich o. a. von Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, I, bl. 62 vlg., II, bl. 277 vlg.; Huschke, *Die multa und das Sacramentum*, bl. 393 vlg.; Schmidt, *Über die legis actio per iudicis postulationem*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., II, bl. 145 vlg..

Daartegen vooral Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Diokletian*, I, bl. 44, n. 11. Verg. ook Bekker, *Bespreking van Die Schriften der römischen Feldmesser*, van Blume, Lachmann en Rudorff, in het *Heidelb. Kritische Zeitschr.*, I, bl. 443 vlg.; Demelius, *Plautinische Studien*, in het *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, II, bl. 236; Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, II, bl. 41.



postulationem diende tot bescherming van rechten voortvloeiende uit strenge (stricti iuris) overeenkomsten:

Quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet <sup>1)</sup>, potuerimus aut sacramento aut per iudicis postulationem agere, valde quaeritur. <sup>2)</sup>

En dan, waarom zou Quintus Mucius Scaevola met zooveel nadruk over de iudicia bonae fidei hebben gesproken <sup>3)</sup>, indien de legis actio per iudicis arbitrive postulationem hetzelfde doel had beoogd? Dat met deze iudicia of arbitria ex fide bona formulae zijn bedoeld en geen legis actiones, zal toch wel niemand willen ontkennen <sup>4)</sup>.

En van welk een grove nalatigheid zou men in dat geval Gaius moeten betichten, die immers in *Inst.* IV, 12 en 20 alleen spreekt van een legis actio per iudicis postulationem, terwijl toch de arbiter bij deze iudicia zulk een voorname rol vervulde.

Voorts komt men bij deze beschouwing in conflict met de heerschende, door von Keller zelf reeds voorgestane leer omtrent de verhouding tusschen de formulae in factum conceptae en die in ius conceptae, welke, volgens uitdrukkelijk getuigenis van Gaius, bij depositum en commodatum en zeer waarschijnlijk ook bij fiducia, pignus, negotiorum gestio en mandatum, beide voorkwamen. De pogingen om het verschijnsel der dubbele formula dogmatisch te verklaren, hebben alle zonder uitzondering gefaald. Reeds

<sup>1)</sup> Verg. over de beteekenis van dare, hierboven bl. 25 en 25, n. 1.

<sup>2)</sup> Gaius, *Inst.* IV, 20.

<sup>3)</sup> Verg. Cicero, *De Officiis*, III, 17, § 70: „Q quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona fideique bonae nomen existimabat manare latissime.”

<sup>4)</sup> Verg. in het bijzonder Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 85. Zie ook Lenel, *Der Prätör in der legis actio*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXX, bl. 353.

sedert langen tijd heeft men ingezien, dat alleen een historische verklaring bevrediging kan schenken, waarbij dan vrijwel algemeen de formula in factum concepta als de oudste wordt beschouwd <sup>1)</sup>, gelijk von Keller <sup>2)</sup> zelf haar „sicher die ältere” noemde.

Maar als nu bij de actiones in ius conceptae kon worden geprocedeerd door middel eener legis actio per iudicis arbitrive postulationem, — welke procedure kon dan bij de actiones in factum worden gebruikt? Toch zeker niet een procedure per legis actiones, want zij waren praetorisch en niet ipsius legis verbis accomodatae <sup>3)</sup>. Lenel's <sup>4)</sup> bewering, als zoude ook bij actiones in factum zeer wel door middel eener legis actio kunnen zijn geprocedeerd, kan allerm minst als bewezen gelden.

Evenmin echter kan aan een procedure per formulas worden gedacht. Want van zulk een procedure vóór de lex Aebutia willen, zooals wij in het vorige hoofdstuk opmerkten, von Keller c.s. niets weten, althans voorzoover betreft de cives romani.

Blijft dus in dezen gedachtengang niets anders over,

---

<sup>1)</sup> Verg. hiervoor in het bijzonder Ubbelohde, *Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species*, bl. 13 vlg.; Girard, *La date de la loi Aebutia*, in de *Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XXI, bl. 254, n. 1.

Ten aanzien van depositum en commodatum in het bijzonder, verg. nog Desjardins, *Les deux formules des actions depositi et commodati*, in de *Revue Hist. de droit français et étranger*, XIII, bl. 122 vlg..

Voor negotiorum gestio, verg. Wlassak, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, vooral § 12.

<sup>2)</sup> *Der römische Civilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung*, § 33. Daarentegen acht o. a. Oertmann, *Die Fideiucia im römischen Privatrecht*, § 30, de formula in ius concepta de oudste.

<sup>3)</sup> Verg. Gaius, *Inst.* IV, 11.

<sup>4)</sup> *Der Prätor in der legis actio* in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXX, bl. 339 vlg..



dan het ontstaan der iudicia bonae fidei te verplaatsen na de lex Aebutia.

Tenslotte zij er nog op gewezen, dat, volgens den uitnemenden Plautus'-kenner Bekker, bij dezen blijspel-dichter nergens een als legis actio voorkomende actie gevonden wordt, die, volgens de begrippen der Pandekten-juristen, als iudicium bonae fidei kon worden beschouwd<sup>1)</sup>.

### § 3. Opvatting van Demelius e. a.

Geheel verschillend van het standpunt van von Keller is dat, hetwelk door Demelius<sup>2)</sup> wordt ingenomen. Wel meent ook hij den oorsprong der iudicia bonae fidei te moeten plaatsen in den tijd, waarin de procedure per legis actiones onbeperkt gold. Maar zij staan, volgens hem, in geenerlei verband met de legis actio per iudicis arbitrive postulationem. Met de legis actio per conductionem vertoonen zij echter nauwer samenhang.

Demelius bouwt hierbij voort op de door von Keller<sup>3)</sup> vluchtig neergeschrevene, vooral door Eisele later uitgewerkte gedachte, dat de legis actio per conductionem „sich dem späteren Verfahren per formulas annäherte.”<sup>4)</sup>

<sup>1)</sup> *Bespreking van Die Schriften der römischen Feldmesser*, van Blume, Lachmann, en Rudorff, in het *Heidelb. Kritische Zeitschr.*, I, bl. 443.

<sup>2)</sup> *Plautinische Studien*, in het *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, II, bl. 236 vlg.. Hetzelfde standpunt nemen in: Baron, *Abhandlungen aus dem römischen Civilprozess*, I, die *Conditionen*, bl. 199 vlg.; Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, § 227; Eisele, *Die materielle Grundlage der Exceptio*, bl. 154, vlg..

<sup>3)</sup> *Der römische Civilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung*, § 18, bl. 74.

<sup>4)</sup> *Die materielle Grundlage der Exceptio*, bl. 154, vlg..

„Mag man annehmen,” zoo schrijft hij, „daz eine Sponsion die richterliche Cognition vermittelte, oder daz die Formgebung für den Rechtsstreit schon in einer Anweisung an den Richter bestand — jedenfalls mochte sich frühzeitig der Kern der Sache aus der solennen Form herauschälen. Fand aber einmal der Gedanke der Formel innerhalb des Verfahrens per condictionem Anwendung, so konnte dann dies letztere, die eigentliche Legisactionensolennität immer noch auf dem Gebiete der lex Silia und Calpurnia in Anwendung bleiben, daneben aber konnte eine andere Formel, nämlich die auf quidquid dare facere oportet gerichtete, Eingang finden, welche von vorn herein von jener Solennität frei sich doch an die legis actio per condictionem wie in ihrer Entstehung so auch in der Aufzeichnung „des Edicts anschlosz.”<sup>1)</sup>

Een sterken steun voor zijn opvatting ziet Demelius<sup>2)</sup> in Gaius, *Inst.* IV, 33:

Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur: sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus; nec ullam adiungimus condictionis fictionem; itaque simul intellegimus eas formulas quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere; eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles.

Demelius gaat blijkbaar uit van de veronderstelling, dat, volgens Gaius, de actiones commodati, fiduciae,

<sup>1)</sup> *Plautinische Studien*, in het *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, II, bl. 237.

<sup>2)</sup> *T. a. p.* bl. 236, n. 168.



negotiorum gestorum et aliae innumerabiles hetzelfde karakter vertoonen als de legis actio per conditionem <sup>1)</sup>.

O. i. is deze opvatting op zichzelf genomen reeds verwerpelijk. De legis actio per conditionem diende tot bescherming van rechten, voortvloeiende uit streng bindende (stricti iuris) overeenkomsten <sup>2)</sup>. De eischer stelt, dat de gedaagde hem een bepaalde som gelds (certa pecunia) of een andere bepaalde zaak (alia certa res) verschuldigd is (sibi dari oportere intendit). Daarentegen is de intentio der actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum, evenals die van alle andere iudicia bonae fidei een intentio incerta, gericht op *dari fieri* oportere. Zij kan niet anders dan incerta zijn, want hoe zou de rechter aan de eischen der bona fides kunnen voldoen, indien hij aan een certum gebonden was <sup>3)</sup>?

Wie dan ook onbevooroordeeld deze plaats beziet, zal spoedig bemerken, dat Gaius in het geheel niet zegt, hetgeen Demelius hem blijkbaar wil toedichten. Gaius spreekt hier van actiones, die ad legis actionis fictionem exprimuntur. De fictie van een legis actio per conditionem echter, zegt hij, komt nooit voor. Vorderen wij een bepaalde zaak of een bepaalde som gelds op, dan stellen wij eenvoudig: eam rem (pecuniam) nobis dari oportere. Deze acties, die niet ad conditionis fictionem exprimuntur, heeten, in tegenstelling met de acties, bij welke dit wel

---

<sup>1)</sup> Ten aanzien van de fiducia wordt hetzelfde betoogd door Oertmann, *Die Fiducia im römischen Privatrecht*, bl. 219 en Manigk, in Pauly Wissowa's *Real-Enzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaften*, s. v. fiducia.

<sup>2)</sup> Dit blijkt ten duidelijkste uit Gaius, *Inst.* IV, 20, waar van de legis actio per conditionem gezegd wordt, dat zij aangewend werd als middel om op te eischen: „quod nobis dari oportet”.

<sup>3)</sup> Verg. hierboven bl. 25.

het geval is, actiones, quae sua vi ac potestate valent<sup>1)</sup>. Tot deze laatste categorie behooren, volgens Gaius, de actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum en nog tal van andere. Ook zij zijn niet gebouwd op de fictie van een legis actio. Dit is het, wat Gaius wil zeggen. De woorden „eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum” etc. hebben alleen betrekking op de daaraan voorafgaande woorden: „intellegimus, eas formulas... sua vi ac potestate valere.”<sup>2)</sup>

Maar bovendien, hoe heeft men zich het gebruik eener formula in de procedure per condictioem voor te stellen? Men heeft zich de formula gedacht als een hulpmiddel „zum Zweck der Reproduktion der voraufgehenden Parteiberedungen.” Indien dit het geval was, kan van een formula in den technischen zin moeilijk worden gesproken: de procedure per legis actiones met hare vormen geldt nog onverzwakt; alleen zijn de partijbeweringen op schrift gebracht terwille van den rechter. Maar dit geschrift heeft niet de groote beteekenis van dat, hetwelk in de procedure per formulas wordt gebruikt. Dáár is het een instructie voor den rechter, waaraan hij onverbiddelijk is gebonden. Hier is het een hulpmiddel, dat misschien wel bewijskracht heeft, maar toch voor den rechter niet bindend is, daar partijen ten allen tijde zich op het *gesproken* woord moeten kunnen beroepen.

Of was het inderdaad — gelijk Demelius schijnt te willen — een geschrift van dezelfde beteekenis als hetwelk in de procedure per formulas werd gebruikt?

<sup>1)</sup> Verg. Gaius, *Inst.* IV, § 10: „Quaedam praeterea sunt actiones, quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua vi ac potestate constant.”

<sup>2)</sup> Verg. Lenel, *Der Prätor in der legis actio*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, XXX, bl. 344 en 351.



In dat geval zijn de beweringen der partijen tegenover den praetor uitgesproken, voor den rechter van geen bindende beteekenis. De formula, en die alleen is voor hem bindend; daaraan heeft hij zich te houden; zij alleen strekt hem tot richtsnoer voor zijn vonnis. Maar dan kan ook kwalijk meer van een procedure per legis actiones sprake zijn. Immers de overeenkomstig den voorgeschreven vorm door de partijen gesproken woorden missen alle kracht. Alleen met de formula heeft de rechter rekening te houden. De procedure is een zuivere procedure per formulas <sup>1)</sup>.

---

#### § 4. Opvatting van von Ihering, Ubbelohde en de meeste oudere Romanisten.

Thans is aan de orde van behandeling de opvatting, die gehuldigd wordt door bijna alle oudere Romanisten, met uitzondering dan van de weinigen, die niet de leer van Demelius *c.s.* of die van von Keller *c.s.* omhelzen <sup>2)</sup>. Weliswaar wordt, zooals wij boven reeds opmerkten, door slechts

---

<sup>1)</sup> Verg. hiervoor het in het vorige hoofdstuk, bl. 82 vlg., tegen Bekker opgemerkte, en Wlassak's *Römische Prozessgesetze*, I, bl. 64 en 65. Want Demelius staat in beginsel op hetzelfde standpunt als Bekker, die een „Legisactionsprocesz mit Formeln” aanneemt. Het verschil tusschen hen is dit, dat volgens Bekker de formulae bij alle legis actiones voorkwamen, volgens Demelius alleen bij de legis actio per conditionem. Verg. over deze kwestie ook nog Zimmermann, *Kritische Bemerkungen zu Eiseler's Schrift über die materielle Grundlage der Exceptio*, bl. 39 vlg..

<sup>2)</sup> Verg. o. a. von Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II, bl. 489; III, 1, bl. 203, Ubbelohde, *Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species*, bl. 62 vlg.; Voigt, *Die Lehre vom ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer*, § 68 en § 77; Kuntze, *Cursus des römischen Rechts*, § 640; Maynz, *Cours de droit romain*, II, § 195.

weinigen onder hen het vraagstuk van de geschiedenis der iudicia bonae fidei met zooveel woorden besproken en aangegeven het standpunt, dat ten deze moet worden ingenomen. Voor den aandachtigen lezer is het echter weldra duidelijk, dat zij zich de kwestie als volgt denken. De iudicia bonae fidei worden ons in de bronnen als actiones civiles voorgesteld en zijn dat ook steeds geweest. Hun oorsprong valt in den tijd na de lex Aebutia, toen de procedure per formulas was ingevoerd en die per legis actiones afgeschaft. Immers kan vóór de lex Aebutia van een actio civilis slechts dan sprake zijn, wanneer die actie kon worden geldende gemaakt door middel van een procedure per legis actiones. De procedure per formulas bestond toen inter cives nog niet. Zoowel de opvatting van von Keller, dat de legis actio per iudicis arbitrive postulationem, als die van Demelius, dat de legis actio per conductionem den eischer uit een contractus bonae fidei hulp zou hebben verschaft, is onjuist. Ook andere legis actiones komen hiervoor niet in aanmerking. Dus kunnen de iudicia bonae fidei niet dan na de lex Aebutia ontstaan zijn.

Deze beschouwing gaat uit van de juiste gedachte, dat voor de iudicia bonae fidei nimmer een legis actio heeft gegolden. Maar onjuist is het, volgens onze meening, om op grond daarvan het ontstaan der iudicia bonae fidei te doen plaats grijpen na de lex Aebutia. Natuurlijk niet, indien men zich op het standpunt stelt, dat elke vrije rechtsmacht van den praetor vóór de lex Aebutia onbestaanbaar is. In dat geval kan men geen iudicia bonae fidei vóór die wet erkennen. Neemt men echter aan, gelijk wij in het vorige hoofdstuk deden, dat een procedure per formulas en een bevoegdheid van den praetor tot het geven van acties vóór de lex Aebutia in de lijn der ontwikkeling



van het Romeinsche recht ligt, dan bestaat geen bezwaar meer tegen het erkennen ook van het ontstaan der iudicia bonae fidei in den tijd, voorafgaande aan die wet. Alle gronden, die wij voor deze meening aanvoerden, hier te herhalen, is overbodig. Alleen reeds het feit, dat aldus te Rome in dien tijd een groote rechteloosheid heerschte, daar immers in dezen gedachtengang contracten als koop, huur, maatschap e. a. nog niet bestonden, verzet zich tegen een opvatting, als door ons hierboven werd weergegeven <sup>1)</sup>.

Evenmin is juist te achten de bewering, dat de iudicia bonae fidei steeds actiones civiles zijn geweest. Immers Cicero leert ons, dat de iudicia bonae fidei actiones sine lege zijn; acties die niet aan de wet, maar aan den praetor hun ontstaan danken <sup>2)</sup>. Duidelijk zegt hij dit in zijn *De Officiis*, III, 15, § 61, hierboven <sup>3)</sup> aangehaald.

Ubbelohde <sup>4)</sup> acht, in navolging van Arndts <sup>5)</sup> in deze woorden van Cicero geenszins het bewijs gelegen van den niet-wettelijken oorsprong der iudicia bonae fidei, „Sine lege”, zoo zegt hij, behoort niet bij „iudiciis”, maar bij „iste dolus malus . . . erat vindicatus.” De iudicia bonae fidei zelve zijn, volgens hem, ex lege. Maar de onderdrukking van den dolus malus, die bij hen door de clausule ex fide bona plaats vindt, is zonder de wet (sine lege) daarin gekomen.

<sup>1)</sup> Verg. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Diokletian*, I, bl. 45; von Mayr, *Römische Rechtsgeschichte*, II, 2, bl. 61.

<sup>2)</sup> Verg. o. a. Wlassak, *Römische Prozeßgesetze*, II, bl. 302, n. 10; *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, bl. 165, n. 18; Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, bl. 48.

<sup>3)</sup> Bl. 103.

<sup>4)</sup> *Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species*, bl. 82, n. 130.

<sup>5)</sup> *Ipse dolus und quasi-dolus*, in het *Oesterr. Vierteljahresschrift für Rechts- und Staatswissenschaft*, XVII, bl. 188.

Terecht is hiertegen opgemerkt<sup>1)</sup>, dat, aangenomen de toelaatbaarheid van een dergelijke interpretatie, toch de beteekenis van den tekst daardoor geen wezenlijke verandering ondervindt. Iudicia met een niet-wettelijke clause (ex fide bona) zijn niet „ipsius verbis legis accomodata” en dus op grond van Gaius, *Inst.* IV, 11, geen actiones ex lege. Arndts zelf, op wien Ubbelohde een beroep doet, beschouwt dan ook niet de wet als de schepper der iudicia bonae fidei<sup>2)</sup>.

#### § 5. Opvatting van Girard.

Girard<sup>3)</sup> redeneert als volgt: De iudicia bonae fidei zijn blijkens Cicero, *De officiis*, III, 15, § 61, iudicia sine lege. Als legis actiones kunnen zij dus nimmer hebben bestaan, want, volgens Gaius, *Inst.* IV, 11, waren die ex lege. Nu zegt Gaius daar ter plaatse eveneens, dat

<sup>1)</sup> Door Girard, *La date de la loi Aebutia*, in de *Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XXI, bl. 255.

Verg. Karlowa, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legislationen*, bl. 128; Wlassak, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, bl. 165, n. 18; Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, bl. 48 en 48, n. 37; Dernburg, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte*, bl. 59, n. 3.

<sup>2)</sup> Die *lex Maenia de dote* vom Jahr der Stadt Rom 568, in het *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, VII, bl. 1.

<sup>3)</sup> *La date de la loi Aebutia*, in de *Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XXI, bl. 255; *Manuel de droit romain*, bl. 533, n. 4, 1036, n. 4; *Nouv. observations sur la date de la loi Aebutia*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXIX, bl. 152 vlg..

Zeer nauw aan Girard's beschouwing verwant is die van Dernburg, *Geschichte und Theorie der Kompensation*, bl. 59, en *Bespreking van von Keller's Der römische Civilprozess und die Aktionen im summarischer Darstellung*, in het *Heidelb. Kritische Zeitschrift*, I, bl. 471.



tot de *lex Aebutia* uitsluitend door middel eener *legis actio* werd geprocedeerd. Daaruit volgt dus, dat de *iudicia bonae fidei*, die immers nooit *legis actiones* zijn geweest, eerst na de *lex Aebutia* kunnen zijn ontstaan.

Juist is, dat de *iudicia bonae fidei* een wettelijken oorsprong missen. Cicero's woorden laten hieromtrent geen twijfel bestaan<sup>1)</sup>. Maar daaruit volgt nog in het geheel niet, dat zij na de *lex Aebutia* moeten zijn ontstaan. Gaius, *Inst.* IV, 11, tenminste kan voor een dergelijke bewering niet als voldoende grond worden beschouwd. Het tijdstip van het ontstaan der *actiones sine lege* wordt daar geheel in het midden gelaten. Alleen wordt gezegd, dat de praetorische acties op het oogenblik van de invoering der *legis actiones* nog niet in gebruik waren. Wanneer zij in gebruik gekomen zijn, daarover laat Gaius zich niet uit<sup>2)</sup>.

Voorts geldt tegen Girard in dezelfde mate het bezwaar, dat hierboven tegen Ubbelohde<sup>3)</sup> c.s. werd ingebracht, te weten, dat aldus in den tijd, onmiddellijk voorafgaande aan de *lex Aebutia*, contracten als koop, huur, etc. den Romeinen vreemd moeten zijn geweest; iets wat, in aanmerking genomen den hoogen trap van cultuur, waarop het Romeinsche volk toen reeds stond, weinig aannemelijk is.

---

#### § 6. Opvatting van Wlassak en Mitteis.

Leest men de (zeer weinige) nieuwere schrijvers, die het vraagstuk van de geschiedenis der *iudicia bonae fidei*

---

<sup>1)</sup> Verg. ook *l.* 5, 7 pr. § 1 *D.* II, 14.

<sup>2)</sup> Verg. het vorige hoofdstuk bl. 86 vlg..

<sup>3)</sup> Verg. bl. 114

bespreken<sup>1)</sup>, dan krijgt men den indruk, dat volgens hen, Wlassak en Mitteis ten deze geheel hetzelfde standpunt innemen.

Slechts tot zekere hoogte is dit juist.

Juist is, dat volgens beiden de iudicia bonae fidei oorspronkelijk actiones in factum waren, die naderhand in het ius civile werden opgenomen en tot actiones civiles bevorderd.

Maar vanzelf dringt zich nu de vraag op: hoe hebben wij ons dezen overgang uit het ius praetorium in het ius civile te denken?

Door Wlassak<sup>2)</sup> zoowel als door Mitteis<sup>3)</sup> wordt deze vraag uitvoerig behandeld, en het is hierin, dat zij o.i. een onderling geheel verschillende opvatting huldigen.

Wij willen deze bewering trachten te bewijzen.

Wlassak begint met in den breedte te verdedigen het standpunt van Thon<sup>4)</sup>, dat de actiones in factum oorspronkelijk strenge acties waren; acties, waarbij den rechter geen vrijheid van beweging buiten de formula om werd en kon worden geschonken. En hij gaat dan aldus verder: „Ist das Gesagte richtig, dann leuchtet von selbst ein, welch bedeutungsvoller Act es war, eine mit der bonae fidei Clausel versehene, in ius concipirte Formel an die Stelle der vorher allein zulässigen actio in factum concepta zu setzen: der Geschworene wurde damit von den Fesseln befreit, die ihn zur genauen Beobachtung der Formelworte genöthigt hatten. Ausdrücklich wurde er nunmehr ange-

<sup>1)</sup> Verg. o.a. Girard, *Nouv. observations sur la date de la loi Aebutia*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, XXIX, bl. 154, n. 1.

<sup>2)</sup> *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, § 12.

<sup>3)</sup> *Römisches Privatrecht bis auf Diokletian*, I, bl. 50 vlg..

<sup>4)</sup> *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, bl. 159 vlg..



wiesen, als massgebende Norm seinem Urtheile neben Edict und Formel auch jene civilen Rechtssätze zu Grunde zu legen, welche das auf Treu und Glauben ruhende Verkehrsleben hervorgetrieben hatte. Bei Klagen praetorischen Ursprungs stellt sich mithin die Einrückung der Clausel: *ex fide bona d. f. oportere* in die Formel als jener Act dar, durch den das betreffende Institut den Regeln des ius civile unterworfen und aus dem praetorischen in das civile System hinübergenommen wurde. Mit der Proponierung einer ständigen in ius concipirten Klagformel war die Reception definitiv vom Praetor anerkannt und hiemit vollendet.

Im Verlaufe der Darstellung sind schon mehrfach Institute genannt worden, welche die hier geschilderte Metamorphose durchgemacht haben. Bei manchem Rechtsverhältnisse, das in älterer Zeit nur durch eine engbegrenzte, oft poenale Klage geschützt war, hat das neuere Recht eine reiche Fülle von Sätzen ausgebildet und den Parteien gegenseitige Verpflichtungen auferlegt, die sämmtlich als Ausfluss des immer mehr das Verkehrsleben durchdringenden und beherrschenden ethischen Principis der bona fides erscheinen. *In Folge dessen konnten auch die alten Klagen nicht mehr ausreichen. Den Parteien mussten nunmehr neue Waffen in die Hand gegeben werden, und diese neuen Klagen waren eben bonae fidei actiones.*" <sup>1)</sup> <sup>2)</sup>

Uit dit alles blijkt, dat volgens Wlassak de bescherming der contracten van koop, zaakwaarneming, huur, maatschap e.d. voorafging aan den tijd, waarop zij door de regelen der bona fides werden beheerscht. Er moet dus volgens hem, een tijd geweest zijn, waarin de acties

<sup>1)</sup> Zur Geschichte der *Negotiorum Gestio*, bl. 163/164.

<sup>2)</sup> Cursivering van ons.

uit zaakwaarneming, koop enz. strenge acties waren; acties, waarbij de rechter geen acht mocht en kon slaan op de eischen der bona fides. Eerst door de opname der clausule ex fide bona, die plaats vond op het moment van den overgang der actio in factum in het ius civile, wordt den rechter een dergelijke ruime bevoegdheid geschonken.

Wlassak stelt zich hier dus principieel op het standpunt van Bechmann, die leert: „Der Annahme, dass Kauf und Miethe, um von den anderen Geschäften hier zu schweigen, ursprünglich und geraume Zeit ohne den Charakter der bona fides existirt haben, steht nicht nur kein inneres Hinderniss im Wege, sondern sie lässt sich auch historisch jedenfalls mit grosser Warscheinlichkeit begründen.”<sup>1)</sup>

Deze opvatting van Bechmann wordt echter door Mitteis gewraakt. „Unzulänglich”, zoo schrijft hij, „ist jedenfalls die Abhilfe Bechmanns (Kauf, I, 467 f.), aus den Konsensualverträgen sei früher mit l.a<sup>0</sup>. sacr. nach strengem Recht geklagt worden, und die damit zusammenhängende Behauptung Anderer, dass die Frage nach der Klagbarkeit der Konsensualverträge von jener der Entwicklung der bona fides zu trennen ist.”<sup>2)</sup>

Tot die anderen behoort, blijkens het hierboven gezegde, ook Wlassak, en het moet o.i. dan ook verwondering wekken, dat door Mitteis hier niet openlijk partij wordt gekozen tegenover dezen, die toch bijna de eenige is, door wien het vraagstuk van de geschiedenis der iudicia bonae fidei uitvoerig is behandeld.

Maar hoe stelt zich dan — zoo zal wellicht iemand

<sup>1)</sup> *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I, *Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, bl. 467, verg. bl. 437.

<sup>2)</sup> *Römisches Privatrecht bis auf Diokletian*, I, bl. 45, n. 12.



vragen — Mitteis de ontwikkeling van de iudicia bonae fidei, wat betreft dit punt, voor. Uitdrukkelijk wordt dit door hem niet gezegd. Afgaande op zijn opmerking tegen Bechmann en diens volgelingen, hierboven aangehaald, zou men zijn opvatting vermoedelijk aldus kunnen weergeven. Het gaat niet aan, in navolging van Bechmann te meenen, „dass die Frage nach der Klagbarkeit der Konsensualverträge von jener der Entwicklung der bona fides zu trennen ist.” De acties uit koop, huur, mandaat, maatschap, zaakwaarneming etc., die oorspronkelijk actiones in factum waren, schonken den rechter toen reeds een zekere bewegingsvrijheid, waardoor hij in de gelegenheid werd gesteld, aan de eischen der bona fides, die zich steeds meer in het verkeer vormden, te voldoen. Natuurlijk bezat de rechter deze bevoegdheid niet op grond van de clausule ex fide bona, want die dateert eerst van het oogenblik, dat de actiones in factum uit koop, huur enz. actiones civiles werden.

Maar waaruit sproot die ruime bevoegdheid van den rechter bij deze acties dan wèl voort?

Een antwoord op deze vraag wordt door Mitteis niet gegeven. Waarschijnlijk staat deze geleerde schrijver hier op het standpunt van von Savigny<sup>1)</sup>, volgens wien de actiones in factum tot dezelfde categorie van acties behoorden als de iudicia bonae fidei; bij hen had de rechter een even groote mate van vrijheid als bij de iudicia bonae fidei. Bij de laatsten, op grond van de clausule ex fide bona; bij de eersten, op grond van het feit, dat de formula op zichzelf reeds, krachtens haar aard, zonder

---

<sup>1)</sup> Verg. o.a. ook Kuntze, *Cursus des römischen Rechts*, bl. 442; Maynz, *Cours de droit Romain*, II, bl. 138.

eenige bijvoeging, den rechter de bevoegdheid schonk te letten op alles wat de billijkheid eischte.

Aan den overgang uit het *ius practorium* in het *ius civile* zijn dus, volgens Mitteis, wel beschouwd, geen practische gevolgen verbonden. Theoretisch moge er verschil bestaan tusschen de rechtsbescherming door den praetor en die door de wet, practisch blijft het vrijwel hetzelfde, of wij van den praetor dan wel van de wet bescherming genieten.

Daarentegen is, volgens Wlassak, aan den overgang der *actiones in factum* uit koop, huur, zaakwaarneming enz., in het *ius civile* dit groote practische gevolg verbonden, dat bestaat „in der förmlichen Entbindung des iudex von der strikten Befolgung der Formelworte.”<sup>1)</sup>

---

#### § 7. Keus tusschen de opvatting van Wlassak en die van Mitteis.

De theorie van Wlassak, zooals zij is neergelegd in diens *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*<sup>2)</sup> komt ons juister voor, dan die van Mitteis.

Wij stellen ons voor, dat de ontwikkeling zich aldus heeft afgespeeld. De *iudicia bonae fidei* waren, voordat zij als eigenlijke *iudicia bonae fidei*, d.i. als *actiones civiles* met de *clause ex fide bona* bestonden, *actiones in factum*, praetorische acties. Die praetorische acties zijn — het moet aan Thon worden toegegeven — acties, die den rechter een zeer beperkte vrijheid laten en kunnen laten. In het dagelijksch verkeer en de rechtspractijk

---

<sup>1)</sup> *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, bl. 159.

<sup>2)</sup> In het bijzonder § 12.



ontwikkelen zich langzamerhand een aantal regels, die, zooals Wlassak het uitdrukt, „sämmtlich als Ausfluss des immer mehr das Verkehrsleben durchdringenden und beherrschende ethischen Principis der bona fides erscheinen.”<sup>1)</sup> Deze regels hebben echter geen bindende kracht: indien partijen erover zouden gaan procedeeeren, zou de rechter daaraan geen sanctie kunnen verleenen, wijl hij de bevoegdheid daartoe niet door de formule heeft ontvangen<sup>2)</sup>. De behoefte aan wettelijke bescherming van deze, door de gewoonte reeds erkende regels, wordt steeds sterker. Tenslotte zoo groot, dat de praetor zich op grond daarvan gerechtigd voelt, een formula civilis te geven, waarin hij door een speciale clause, de clause ex fide bona, den rechter de bevoegdheid schenkt en tevens voorschrijft, acht te slaan op die regels der bona fides, welke in verkeer en rechtspractijk een vasten vorm hebben aangenomen<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, bl. 164.

<sup>2)</sup> Wij gelooven in dit opzicht overeen te stemmen met Bekker, als hij in zijn *Bespreking van Wlassak's Edict und Klageform*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, *Rom. Abt.*, IV, bl. 147, zegt: „Er (der Praetor) kann mit seinen neuen Aktionen den Gebräuchen des Tages nachgehn, und er kann ihnen auch, wo er sie für Misbräuche ansieht, entgegentreten. Ohne Mitwirkung des Praetors kann sich wohl die Gewohnheit bilden, dass in Folge eines bestimmten Tatbestandes N. dem A. etwas *leiste*, nicht aber die, dass N. dem A. etwas *zu leisten* gezwungen sei („dare facere praestare.... oportere”). Der Grund des Zwanges, und damit der rechtlicher Vollendung eines solchen Anspruchs, liegt in allen Fällen der Art im Willen des Praetors, niemals in den Sitten und Gebräuchen an sich.” (Cursiveering van ons)

<sup>3)</sup> Verg. Taubenschlag. *Zur Geschichte des Hinterlegungsvertrages im römischen Recht*, in het *Zeitschr. für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, XXXV bl. 149: „Infolgedessen konnte die actio in factum nicht mehr ausreichen. Dieselbe war auf den Schutz des prätorischen Verhältnisses berechnet und in ihrer älteren Gestalt ungeeignet, die Rechtssätze zu verwirklichen, die sich sol-

Volgens Mitteis — indien althans de conclusie, door ons uit zijn woorden getrokken, juist is — zou de actio in factum reeds dergelijke billijkheidsregels hebben beschermd. Wij vragen ons af: op welke wijze? Op grond waarvan was de rechter bij deze actie in staat daarop acht te geven? De clause ex fide bona past niet in een actio in factum; is alleen in een actio civilis op haar plaats, zooals algemeen wordt erkend. Op grond dus van de formule in factum als zoodanig, moet de rechter de bevoegdheid bezeten hebben tot het erkennen der regels van het aequum et bonum. De actio in factum gaf dan vanzelf reeds, wat de actio civilis gaf door de clause ex fide bona.

In dezen gedachtengang is de overgang van het ius praetorium in het ius civile van vrijwel geen practische beteekenis geweest.

Dit is in strijd met hetgeen wij bij Wlassak lezen. Deze schrijver heeft nauwkeurig de bronnen doorgesocht en is tot de conclusie gekomen, dat „ein Fall einfacher, ganz unveränderter Hinübernahme praetorischer Normen in das Civilrecht kaum nachweisbar sein [dürfte].”<sup>1)</sup> In verband hiermee gaat hij op bl. 159 voort: „Die Aufstellung der neuen Formulare war ein Act, an den sich die eingreifendsten praktischen Folgen anknüpften, Folgen, die dem Praetor wichtig genug erscheinen mussten, die berührte Aenderung im Album vorzunehmen. Worin bestanden diese Folgen? *In der förmlichen Entbindung des iudex von der stricten Befolgung der Formelworte.*”

Bovendien moet, wat niet waarschijnlijk is, bij deze

---

cherweise zivilrechtlich ausgebildet haben. Ein neues Rechtsmittel war notwendig, und dieses wurde auch bald in der Gestalt der actio in ius ins Leben gerufen.”

<sup>1)</sup> *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, bl. 155.



beschouwing de actio in factum haar billijkheidskarakter naderhand weer verloren hebben. Want het is een onmiskenbaar feit, dat in den bloei der klassieke periode de praktische verschillen tusschen beide soorten van acties zeer groot waren, zoodat bijvoorbeeld volgens Gaius de pluspetitio, die toch niet alleen bij de iudicia bonae fidei, maar bij alle andere actiones incertae onmogelijk was, bij de actio in factum werd gevonden (Gaius, *Inst.* IV, 60).

Van wanneer dateert nu het ontstaan van deze acties? Bestonden zij reeds vóór de lex Aebutia of zijn zij eerst daarna gegeven?

In den aanvang van deze afdeeling hebben wij met nadruk erop gewezen, dat met zekerheid hieromtrent niets valt te zeggen. De geringe en bovendien nog vaak onbetrouwbare kennis van het Romeinsche recht vóór Cicero in het algemeen en van de iudicia bonae fidei in het bijzonder laten een stellige bewering aangaande dit punt niet toe.

Maar er zijn aanwijzingen, die wettigen het vermoeden, dat de iudicia bonae fidei reeds vóór de lex Aebutia ontstaan zijn; dat zij één der gevallen zijn, waarin vóór die wet inter cives van de formula werd gebruik gemaakt.

Die aanwijzingen bestaan evenwel en hebben slechts waarde voor dengene, die niet in rechtshistorische vooroordeelen bevangen is <sup>1)</sup>. Wij doelen hier in het bijzonder

<sup>1)</sup> Duidelijk blijkt dit, als Girard bespreekt den hieronder aangehaalden tekst van Celsus (*l.* 38 § 1 *D.* XIX, 1) waarop door sommigen een beroep wordt gedaan, ten bewijze van de bewering, dat de actio empti (bonae fidei) ten tijde van Sextus Aelius reeds bestond. Girard merkt daartegen op: „Mais il y a une considération, qui rend cet argument facile à écarter. C'est que, verrons-nous, Sex. Aelius est précisément invoqué à bon droit pour prouver l'inexistence de la loi Aebutia de son temps.” (*La date de la loi Aebutia*, in de *Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XXI, bl. 261)

op Girard. Deze geleerde toch wil van een iudicium bonae fidei vóór de lex Aebutia niet weten. Hij gaat uit van de praemisse: vóór de lex Aebutia geen vrije rechtsmacht van den praetor, geen procedure per formulas, geen actiones in factum, geen excepties, geen ius denegandi actionem. Volgens zijn berekening valt het ontstaan der lex Aebutia tusschen de jaren 605 en 628 na de stichting der Stad. Mocht nu iemand op voor hem voldoende gronden weten aan te toonen, dat b.v. reeds in het jaar 580 ab urbe condita symptomen van vrije praetorische rechtsmacht te bespeuren zijn, dan bewijst dat volgens Girard niet, dat de Romeinen vóór de lex Aebutia een procedure per formulas of een ius denegandi actionem hebben gekend, maar alleen, dat de datum der lex Aebutia tot dusver door hem verkeerd was gesteld en in een vroeger tijdstip moet worden verlegd.

Stelt men zich echter op het standpunt, dat Gaius, noch in *Inst.* IV, 11, noch in *Inst.* IV, 30, noch in *Inst.* IV, 108, ons tot een dergelijke opvatting noopt; dat hij in IV, 11, niet zegt, dat tijdens het bestaan der legis actiones geen actiones in factum werden gevonden, maar, dat op het oogenblik van het ontstaan der legis actiones de actiones in factum nog niet bestonden; dat voorts uit IV, 30, niet volgt, dat de procedure per formulas als iets nieuws door de lex Aebutia en de leges Iuliae werd ingevoerd; dat tenslotte IV, 108, alleen leert, dat het gebruik der excepties ten tijde van Gaius een ander was dan het gebruik der excepties ten tijde der legis actiones; — dan kan men zonder bezwaar aannemen, dat de iudicia bonae fidei reeds vóór de lex Aebutia bestonden; mede een uiting zijn van de vrije rechtsmacht des praetors vóór die wet. Indien tenminste waarde wordt gehecht aan enkele gegevens, die o. i. aan deze aanname grond verleen.



Welke zijn nu die gegevens?

Op Plautus kan o.i. hiervoor met goed recht geen beroep worden gedaan <sup>1)</sup>. Weliswaar wordt in zijn blijspelen een enkele maal van bona fides gesproken, — op zichzelf genomen hebben wij geen enkele betrouwbare aanwijzing in zijn geschriften, dat de contractus bonae fidei hem bekend waren, ofschoon door sommigen <sup>2)</sup> het tegendeel wordt volgehouden.

Van meer belang is hetgeen, waarop Mitteis <sup>3)</sup> heeft gewezen. Volgens hem is het feit, dat voor een aantal iudicia bonae fidei, zooals van koop, huur, mandaat, maatschap, de praetor geen edict heeft opgesteld, maar dat zij integendeel zonder verklarend edict in zijn album zijn opgenomen, — alleen recht te verklaren, door aan te nemen, dat deze contracten reeds zeer vroeg, waarschijnlijk door een actio in factum werden beschermd, die tenslotte door de verdere uitwerking van juristen en practijk leidden tot het geven door den praetor van een actio civilis met de clausule ex fide bona.

Een andere aanwijzing <sup>4)</sup> is te vinden in l. 38 § 1 D. XIX, 1 <sup>4)</sup>. Celsus billijkt daar de opvatting van Sextus

<sup>1)</sup> Terecht merkt Bechmann (*Der Kauf nach gemeinen Recht* I, bl. 505) op: „sucht Einer in den Comödien die Bestätigung dafür, dass der Kauf nicht klagbar war, so findet er einige Stellen und Situationen, auf die er sich mit Anstand berufen kann: dem Vertreter der gegnerischen Ansicht fällt es nicht schwer, gleichwerthiges Material für sich herbeizuschaffen.“

<sup>2)</sup> Verg. o.a. Demelius, *Plautinische Studien*, in het *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, II, bl. 177 vlg.; Berceanu, *La vente consensuelle dans les Comédies de Plaute*, in het bijzonder bl. 129 en 130; Karlowa, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, bl. 138 vlg..

Anders Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, bl. 311; Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 546 vlg..

<sup>3)</sup> *Römisches Privatrecht bis auf Diokletian*, I, bl. 50. Verg. von Mayr, *Römische Rechtsgeschichte*, I, 1, bl. 139/140; II, 2, bl. 49.

<sup>4)</sup> Verg. Karlowa, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legis-*

Aelius (Consul in 556), volgens wien de verkooper van een slaaf van den kooper schadeloosstelling voor het aan den slaaf gegeven levensonderhoud kon eischen, indien de kooper oorzaak was, dat de levering van dien slaaf niet eerder had plaats gehad. Die schadevergoeding kon hij dan vragen door een arbitrium venditi, waarmee niet anders dan een actio venditi (bonae fidei) kan bedoeld zijn. Want arbitrium wijst op een vonnis, waarin met billijkheidsregelen wordt gerekend. De oude vormelijke overeenkomst (stipulatio) kan hier dus niet bedoeld zijn <sup>1)</sup>. Evenmin de legis actio per iudicis arbitrive postulationem, want zij is niet het middel geweest, om de iudicia bonae fidei geldende te maken.

Tenslotte zij nog te wijzen op de contractsformulieren van Cato, in diens *de Agricultura* <sup>2)</sup>, en die waarschijnlijk eveneens vóór de lex Aebutia leefde. Volgens die contractsformulieren <sup>3)</sup> zal b.v. bij verkoop van winterkoren de schade, die een der partijen geleden heeft tengevolge van handelingen van den ander of van personen, voor welke deze aansprakelijk is, moeten worden vastgesteld „boni viri arbitrato.” <sup>4)</sup>

---

*actionen*, bl. 132; Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Diokletian*, I, bl. 48; Lenel, *Der Prätor in der legis actio*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, XXX, bl. 353.

<sup>1)</sup> „Si per emptorem steterit, quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitate posse servari, Sextus Aelius, Drusus dixerunt; quorum et mihi iustissima videtur sententia.”

<sup>2)</sup> Verg. o.a. Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, bl. 314.

<sup>3)</sup> Verg. Bruns, *Fontes iuris romani antiqui*, II, *Scriptores*, bl. 47 vlg..

<sup>4)</sup> 149, 5: „Si quid emptor aut pastores aut pecus emptoris domino damni dederit, boni viri arbitrato resolvat.”

149, 6: „Si quid dominus aut familia aut pecus emptori damni dederit, viri boni arbitrato resolvetur.”

Verg. ook 144, 6 en 7.



§ 8. **Samenvatting.**

De iudicia bonae fidei bestaan in het klassieke recht als actiones civiles. Onjuist is het te meenen, dat zij dit steeds zijn geweest, en dat zij als zoodanig reeds door een legis actio werden geldende gemaakt. Noch de legis actio per iudicis arbitrive postulationem (von Keller), noch die per conductionem (Demelius) kan hiervoor in aanmerking komen. Echter gaat het niet aan, op grond van deze onmogelijkheid te beweren, dat de iudicia na de lex Aebutia zijn ontstaan (von Ihering, Ubbelohde).

Oorspronkelijk waren de iudicia bonae fidei actiones in factum (Cicero, *De Officiis*, III, 17, § 70), die later in het ius civile werden opgenomen. Zij bestonden reeds vóór de lex Aebutia. Gaius, *Inst.* IV, 11 is voor deze opvatting geen beletsel, zooals Girard meent.

---

### HOOFDSTUK III.

Eerste gedeelte.

## CATALOGUS DER IUDICIA BONAE FIDEI.

---

### § 1. Inleiding.

Welke acties kende het Romeinsche recht als iudicia bonae fidei?

Opsommingen van de iudicia bonae fidei worden gegeven door Cicero<sup>1)</sup>, Gaius<sup>2)</sup> en Iustinianus<sup>3)</sup>.

De catalogus van Iustinianus is evenwel voor de beantwoording van de hierboven gestelde vraag van ondergeschikt belang. Iustinianus geeft ons in zijn Codificatie niet het *Romeinsche*, het specifiek Romeinsche recht, maar Grieksch-Romeinsch recht. Het behoeft daarom geen bevreemding te wekken, dat ook zijn catalogus van de iudicia bonae fidei Grieksche invloeden vertoont. Reeds hierboven hebben wij daarop gewezen<sup>4)</sup>.

Hieruit volgt, dat niet zonder meer mag worden aangenomen, dat werkelijk in het Romeinsche recht als

---

<sup>1)</sup> Cicero, *De Officiis*, III, 17, § 70; *De Natura Deorum*, III, 30, § 74; *Pro Caecina*, 3, 7; *Topica*, 10, 42 en 17, 66; *Pro Roscio Comodo*, 6, 16.

<sup>2)</sup> Gaius, *Inst.* IV, 62.

<sup>3)</sup> Iustinianus, *Inst.* IV, 6 § 28.

<sup>4)</sup> Bl. 46 vlg..



iudicia bonae fidei bestonden acties, die door Iustinianus als zoodanig worden vermeld <sup>1)</sup>. De grootste voorzichtigheid moet te dezen aanzien worden betracht, en het streven van hen, die de opsomming van Iustinianus, mede tot grondslag van hun onderzoek nemen, verdient allerm minst navolging <sup>2)</sup>.

Wat Cicero's catalogi betreft, deze zijn hierom van minder belang voor de beantwoording van de vraag, welke de iudicia bonae fidei in het Romeinsche recht waren, omdat zij gegeven zijn in een tijd, waarin de ontwikkeling van deze iudicia nog in vollen gang verkeerde, terwijl ten tijde van Gaius die ontwikkeling, zoo al niet voltooid, dan toch bijna ten einde was. Daarentegen zijn zij, naar wij meenen, voor de kennis van de geschiedenis der iudicia bona fidei van veel gewicht <sup>3)</sup>, want dat al deze iudicia tegelijkertijd zijn ontstaan, zal wel niemand willen aannemen <sup>4)</sup>. Vermeldt b.v. Cicero een of andere actie niet als iudicium bonae fidei, Gaius daarentegen wel, dan mogen wij daaruit de

---

<sup>1)</sup> Verg. o. a. Levy, *Zur Lehre von den sogenannten actiones arbitraiae*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, XXXVI, bl. 3.

In het bijzonder Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, bl. 107 vlg., en Kübler, *Bespreking van Legras' La Table Latine d'Héraclée*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, XXVIII, bl. 412.

<sup>2)</sup> Verg. o. a. von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, 1, bl. 201, 2; von Wächter, *Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrechte*, II, bl. 81.

<sup>3)</sup> Verg. Kuntze, *Über den mos civitatis als Receptions canal des ius gentium neben dem prätorischen Edict*, in het *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, IX, bl. 517: „Für deren geschichtliche Erfassung ist eine vielbesprochene Stelle bei Cicero (de Off. 3, 17) maßgebend, ja grundlegend.“

<sup>4)</sup> Verg. Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, bl. 162.

gevolgtrekking maken, dat die actie als *bonae fidei* actie van jongeren datum is dan b.v. de *actio venditi*, die door Cicero in den catalogus der *iudicia bonae fidei* is opgenomen, tenzij men aan dien catalogus zulk een bewijskracht mocht ontzeggen<sup>1)</sup>, waarover echter hieronder nader zal worden gesproken.

In de eerste plaats willen wij thans trachten vast te stellen, welke acties Cicero als *iudicia bona fidei* kende, om daarna over te gaan tot de bespreking van de opsomming van Gaius.

Ten aanzien van Cicero's opsommingen doen zich voornamelijk deze twee vragen voor:

I. Noemt Cicero alle *iudicia bona fidei*, die in zijn tijd bestonden, of kende men toen nog andere, die hij niet noemt; m. a. w. zijn zijne opsommingen volledig of niet?

II. Rekent hij de *actio rei uxoriae* tot de *iudicia bonae fidei*?

---

## § 2. Zijn Cicero's opsommingen van de *iudicia bonae fidei* volledig?

Cicero geeft op de volgende plaatsen een opsomming van de *iudicia bonae fidei*.

*De Officiis*, III, 17, § 70: Quintus quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, locatis conductis, quibus vitae societas contineretur: in his magni esse iudicis statuere

---

<sup>1)</sup> Zooals b.v. Accarias, *Précis de droit romain*, II, bl. 794, „Cicéron n'a pas la prétention de donner des énumérations limitatives.”



(praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria) quid quemque cuique praestare oporteret.

*De Natura Deorum*, III, 30, § 74: inde tot iudicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt.

*Pro Caecina*, 3, § 7: Si quis, quod spopondit, qua in re verbo se obligaverit uno, si id non facit, maturo iudicio sine ulla religione iudicis condemnatur: qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiduciae rationem fraudavit quempiam, in eo quo delictum maius est, eo poena est tardior.

*Topica*, 10, § 42: Sunt enim similitudines, quae ex pluribus collationibus perveniunt, quo volunt, hoc modo: si tutor fidem praestare debet, si socius, si, cui mandaris, si, cui fiduciam acceperit, debet etiam procurator.

*Topica*, 17, § 66: In omnibus igitur iis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam, ut inter bonos bene agier, imprimisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est, quod eius melius aequius, parati esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi, quid socium socio, quid eum, qui negotia aliena curasset, ei, cuius ea negotia fuissent; quid eum, qui mandasset, eumve, cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret; quid virum uxori, quid uxorem viro, tradiderunt.

De vraag, of Cicero's opsommingen volledig zijn, wordt door de meeste schrijvers, bij wie dit punt behandeling vindt<sup>1)</sup>, in ontkennenden zin beantwoord; vrijwel

<sup>1)</sup> Men zie hierover: Bekker, *Die Aktionen der römischen Privat-*

algemeen is men van oordeel, dat zij op volledigheid geen aanspraak kunnen maken.

Terecht, loch ook ten onrechte.

Terecht, indien men daarmee wil te kennen geven, dat Cicero's catalogi elk afzonderlijk, elk op zichzelf beschouwd, den toets der volledigheid niet kunnen doorstaan.

Zelfs zijn grootsten catalogus in *De Officiis* en *De Natura Deorum* treft dan deze blaam. Want terwijl men daar de *actio negotiorum gestorum* tevergeefs zoekt, vindt men haar als *iudicium bonae fidei* in *Topica* vermeld. Anderzijds ontbreken in *Pro Caecina* de *actiones empti venditi*

---

rechts, bl. 166; Dernburg, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuem Rechte*, bl. 53, n. 1; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, bl. 603. Accarias, *Précis de droit romain*, II bl. 794, n. 1 en 998; Ubbelohde, *Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species*, bl. 33, n. 11; Wlassak, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, bl. 37 en 131 en n. 4; Voigt, *Die Lehre vom ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer*, II, bl. 541 en III, n. 478; Arndts, *Ipse dolus und quasi dolus* in het *Österr. Vierteljahresschrift*, XVII, bl. 190; Arangis-Ruiz, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, bl. 29; Taubenschlag, *Zur Geschichte des Hinterlegungsvertrages im römischen Recht*, in het *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, XXXV, bl. 150; Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in het *Archivio Giuridico*, L II, bl. 477; de Ruggiero, „*Depositum vel commodatum*” in het, *Bulletino dell' Istituto di diritto romano*, XIX, bl. 12; Kuntze, *Über den mos civitatis als Receptionscanal des ius gentium neben dem prätorischen Edict*, in het *Kritische Vierteljahrsschrift*, IX, bl. 516 en 517; Legras, *La Table Latine d'Héraclée*, bl. 306; Kübler, *Bespreking van Legras' La Table Latine d'Héraclée*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXVIII, bl. 412; Desjardins, *Les deux formules des actions depositi et commodati*, in de *Revue Historique de droit français et étranger*, XIII, bl. 126. Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano, Serie Seconda, Il processo civile*, II, bl. 43 en 43, n. 2; Krüger, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XI, bl. 197 en n. 1.



en locati conducti, waarvan in *De Officiis* en *De Natura Deorum* uitdrukkelijk wordt gewag gemaakt.

Doch ten onrechte, indien men daardoor als zijn meening wil uitspreken, dat ten tijde van Cicero nog andere acties als iudicia bonae fidei bestonden, buiten die, welke door hem, hetzij in *De Officiis*, hetzij in *De Natura Deorum*, hetzij ergens elders worden genoemd,

Een dergelijke opvatting wordt o.a. door Arndts<sup>1)</sup> en Ubbelohde<sup>2)</sup> voorgestaan. Volgens den eerste zou Cicero, had hij inderdaad een volledige opsomming willen geven, ook de actio familiae erciscundae genoemd moeten hebben, daar die actie, zoo meent hij, toen reeds als bonae fidei iudicium bestond. Volgens den laatste zou hetzelfde gelden voor de actio communi dividundo.

Intusschen geeft noch Arndts noch Ubbelohde eenig bewijs aan voor zijn bewering. Alleen verwijst Arndts naar l. 1 pr. D. X, 2, waar van de actio familiae erciscundae gezegd wordt: „Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum.”

Wat Arndts met die verwijzing naar l. 1 pr. D. X, 2, bedoelt, is ons niet duidelijk. Uit het feit, dat de wet der XII Tafelen de actio familiae erciscundae gaf, — en dat toch zeker niet als bonae fidei actie, — volgt allerm minst, dat Cicero haar als bonae fidei iudicium moet hebben gekend. Uit Cicero's uitlatingen op andere plaatsen kan wel worden opgemaakt, dat de procedure bij de actio familiae erciscundae die per iudicis arbitrive postulationem was<sup>3)</sup>. Maar deze legis actio per iudicis arbitrive

<sup>1)</sup> Verg. het in bl. 132, n. 1 aangehaalde werk, bl. 190.

<sup>2)</sup> Verg. het in bl. 132, n. 1 aangehaalde werk, bl. 33, n. 11.

<sup>3)</sup> *Pro Caecina*, 7, § 49; *Pro Murena* 12, § 27; *De Oratore*, I, 56, § 237.

Verg. o.a. Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 640, n. 2;

postulationem kan niet het middel zijn geweest om de iudicia bonae fidei geldende te maken, hoezeer ook von Keller het tegendeel heeft trachten aan te toonen <sup>1)</sup>. Of en in hoeverre Arndts op het standpunt van von Keller staat, is ons niet bekend. Echter alleen uit dit standpunt kan, naar wij meenen, een opvatting als door hem wordt gehuldigd, verdediging vinden.

Juister lijkt het ons, om met de heerschende leer aan te nemen, dat het bonae fidei karakter der actiones familiae erciscundae en communi dividundo van aanmerkelijk lateren tijd is, dan die, waarin Cicero leefde. Van welken tijd, valt slechts bij benadering aan te geven. Waarschijnlijk is, dat Gaius deze acties reeds als zoodanig kende, hoewel hij haar niet vermeldt in zijn catalogus van de iudicia bonae fidei <sup>2)</sup>. Zeker is, dat zij ten tijde der Severi als iudicia bonae fidei bestonden. Want de actio familiae erciscundae wordt door Gordianus <sup>3)</sup>, de

---

Trumpler, *Die Geschichte der römischen Gesellschaftsformen*, bl. 3; Karlowa, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legislationen*, bl. 143; Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, bl. 201 en 201, n. 2.

Verg. Audibert, *Nouvelle étude sur la formule des actions familiae erciscundae et communi dividundo*, in de *Nouv. Revue Historique de droit français et étranger*, XXVIII, bl. 408.

Vermelding van litteratuur bij Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, bl. 144, n. 2.

<sup>1)</sup> Verg. hierboven hoofdst. II, bl. 105 vlg..

<sup>2)</sup> Gaius' opsomming van de iudicia bonae fidei is niet volledig. Waarschijnlijk, omdat hij haar heeft overgenomen van een ouderen schrijver, zonder te bedenken, dat sindsdien het aantal der iudicia bonae fidei was vermeerderd.

Verg. Segrè, *Sull' età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, VI, bl. 333 en 334; Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Diokletian*, I, bl. 54, n. 34; Kniep, *Praescriptio und Pactum*, bl. 22.

Anders o.a. Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano, Serie seconda, Il processo civile*, II, bl. 44, n. 1.

<sup>3)</sup> l. 9 C. III, 36.



actio communi dividundo door Paulus<sup>1)</sup> en Ulpianus<sup>2)</sup> uitdrukkelijk als bonae fidei iudicium genoemd.

Eigenaardig is het standpunt, dat door Karlowa<sup>3)</sup> wordt ingenomen. Zijn redeneering is ongeveer deze. Niet den minsten waarborg hebben wij, dat Cicero's opsommingen volledig zijn, en dat de actiones commodati depositi en pigneraticia, die hij niet vermeldt, ook werkelijk niet als bonae fidei iudicia in zijn tijd bestonden. Veeleer blijkt uit Cicero's uitspraak in *De Officiis*, III, 17, § 70, dat hij buiten de daar vermelde bonae fidei iudicia nog andere kende. Immers zegt hij daar, dat de meeste iudicia bonae fidei een iudicium contrarium hadden: „praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria”. Van de door hem genoemde hebben echter slechts drie: tutela, fiducia en mandatum een contrarium iudicium, terwijl de andere zulk een iudicium missen. Dus moet Cicero, kon hij aldus spreken, bovendien nog aan commodatum, depositum en pignus gedacht hebben.

Zijn opvatting ziet hij dan ten aanzien van commodaat nader bevestigd door *l. 5 § 3 D. XIII, 6* en voorts door *l. 5 § 6, 10, 11, D. XIII, 6*.

Karlowa's beschouwing lokte spoedig een heftige bestrijding uit, in het bijzonder van den kant van Ferrini<sup>4)</sup>. Deze geleerde wees erop, dat een beroep op het „cum in plerisque essent iudicia contraria” niet opgaat, wijl volgens de oude romeinsche jurisprudentie niet alleen bij fiducia,

<sup>1)</sup> *l. 4 § 2 D. X, 3*.

<sup>2)</sup> *l. 14 § 1 D. X, 3*.

<sup>3)</sup> *Römische Rechtsgeschichte*, II, bl. 603 vlg.; verg. ook bl. 687, no. 1. Op gelijk standpunt stelt zich Legras, *La Table Latine d'Héraclée*, bl. 306 en 307.

<sup>4)</sup> *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in *Archivio Giuridico*, L II, bl. 479.

tutela en mandatum, maar ook bij societas een iudicium contrarium werd gevonden, waardoor dus aan den eisch van het „plerisque” was voldaan. Bovendien, zegt hij, gesteld al, dat Karlowa gelijk had, en de actiones depositi, commodati en pigneraticia aan Cicero als iudicia bonae fidei bekend waren, dan nog had in Karlowa's systeem Cicero niet kunnen zeggen: „praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria”, want ook dan zou het getal der iudicia bonae fidei met iudicium contrarium niet grooter zijn geweest, dan dat van iudicia bonae fidei zonder iudicium contrarium<sup>1)</sup>.

Tenslotte wijst hij er op, dat ook de actio negotiorum gestorum door Cicero in *Topica* als iudicium bonae fidei genoemd, een contrarium iudicium miste<sup>2)</sup>, terwijl de behoefte daaraan toch veel grooter was, dan aan een iudicium commodati of depositi contrarium.

Met dit laatste argument kunnen wij ons niet vereenigen. Het is allerm minst zeker, dat Cicero de actio negotiorum gestorum slechts als directa kende. Veeleer mag het tegendeel worden aangenomen. Wel spreekt Cicero in *Topica* alleen van de actio negotiorum gestorum directa, maar uit l. 21 pr. D. III, 5 blijkt, dat aan Servius Sulpicius, den tijdgenoot en vriend<sup>3)</sup> van Cicero, het iudicium negotiorum gestorum contrarium bekend was<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> In denzelfden zin als Ferrini o. a. Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, bl. 150; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, I, bl. 463, n. 1; Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 635, n. 3.

<sup>2)</sup> Volgens Girard was de actio negotiorum gestorum ten tijde van Cicero geen bonae fidei actie, maar een actio in bonum et aequum concepta. In gelijken zin Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano, Serie seconda, Il processo civile*, II, bl. 43, n. 2.

<sup>3)</sup> Verg. Cicero, *Ad Brutum*, § 41.

<sup>4)</sup> Verg. Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, bl. 549 en 549, n. 2.



L. 5 § 3, D. XIII, 6<sup>1)</sup>, waarnaar Karlowa met zooveel nadruk verwijst, bevat niet het bewijs van het bestaan der actio commodati als bonae fidei actie ten tijde van Q. Mucius Scaevola. Ulpianus deelt daar mede, dat volgens de meening van Mucius Scaevola de commodatarius niet alleen aansprakelijk is voor opzet, maar ook voor schuld, omdat de overeenkomst van commodaat meestal in zijn voordeel wordt aangegaan. Een dergelijke uitspraak nu moet, volgens Karlowa, op de actio commodati in ius (ex fide bona) betrekking hebben. Waarom, zegt hij niet uitdrukkelijk. Hoogstwaarschijnlijk, omdat hij zich, op grond van het „similes etiam commodati formulae sunt” in Gaius *Inst.* IV, 47 en van l. 3 § 5 D. XIII, 6, de formula der actio commodati in factum van volkomen gelijke samenstelling denkt als die der actio depositi in factum<sup>2)</sup>, waarin de dolus malus van den schuldenaar uitdrukkelijk moet zijn gesteld (eamque rem dolo malo N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> redditam non esse)<sup>3)</sup>. Was nu bij de actio commodati in factum eveneens dolus malus van den schuldenaar een vereischte, dan kan de bewering van Scaevola: „et culpam praestandam et diligentiam”, niet op de actio commodati in ius (ex fide bona) betrekking hebben. Aldus lijkt ons ongeveer Karlowa's gedachtengang te zijn.

1) „Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, „cui commodatur et ideo verior est Q. Mucii sententia existimantis „et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data „sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se „praestaturum recipit.”

2) *Römische Rechtsgeschichte*, II, bl. 562. Verg. Ubbelohde, *Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species*, bl. 18, n. 4 en bl. 64, n. 81, die bij de formula commodati in plaats van dolus, wil lezen culpa: „eamque rem culpa N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> redditam non esse.”

3) Verg. hierover Taubenschlag, *Zur Geschichte der Hinterlegungsvertrages im römischen Recht*, in het *Zeitschr. für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, XXXV, bl. 142.

Nu bestaat voor de opname van de clausule *eamque rem dolo malo N<sup>i</sup>N<sup>i</sup> redditam non esse* in de formula in *factum* der *actio depositi* alle reden. Hij, die eens anders zaak in bewaring neemt, doet dat in het belang van den ander, en kan daarom, volgens den hoofdregel, bij niet-teruggave slechts worden aangesproken voor *dolus* (en *culpa lata*) <sup>1)</sup>. Stelt dus de schuldeischer op grond der niet-teruggave een actie tegen hem in, dan moet daarin uitdrukkelijk het opzet van den depositarius zijn gesteld. Maar bij *commodaat* is dat anders. De *commodatarius* geniet hier het voordeel, en moet dus niet alleen instaan voor *dolus* (en *culpa lata*), maar ook voor *culpa (levis)* <sup>2)</sup>. De eischer behoeft niet te stellen: *eamque rem dolo malo N<sup>i</sup>N<sup>i</sup> redditam non esse*, maar alleen: *eamque rem redditam non esse*, onverschillig of het niet teruggeven der zaak een gevolg is van *dolus* dan wel van *culpa* <sup>3)</sup>.

Niets verhindert dus aan te nemen, dat Scaevola's uitspraak betrekking heeft op de *actio commodati in factum* en niet op die in *ius*, en dat Ulpianus, sprekende over de *actio commodati in ius* — hierover bestaat geen twijfel —

<sup>1)</sup> *L. 23 D. L., 17*: „Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum, et culpam; dolum tantum, depositum et precarium, dolum et culpam, mandatum, commodatum” etc.

*L. 5 § 2 D. XIII, 6*: „Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus; dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus” etc.

*Collatio, X, 2, 1*: „Commodati iudicio conventus etiam culpam praestare cogitur: qui vero depositi convenitur, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est. commodati enim contractu, quia utriusque utilitas intervenit, utrumque praestatur: in depositi vero causa sola deponentis utilitas vertitur, et ibi dolus tantum praestatur.”

<sup>2)</sup> *Verg. l. 13 § 1 D. XIII, 7*: „Venit autem in hac actione et dolus, et culpa, ut in commodato,” etc..

<sup>3)</sup> *Verg. Lenel, Das Edictum Perpetuum*, bl. 247, n. 1.



gebruik maakte van Scaevola's uitspraak, die oorspronkelijk met betrekking tot die in factum was gedaan<sup>1)</sup>.

Wanneer voorts Gaius in *Inst.* IV, 47, na de formula der actio depositi in ius en in factum te hebben vermeld, zegt: „similes etiam commodati formulae sunt”, bedoelt hij daarmee niet aan te geven, dat er volkomen gelijkheid bestaat. Zoo-iets kan hij niet bedoeld hebben, omdat toch in de formula tot uitdrukking moet komen de onderling uiteenlopende aard van de contractus depositi en commodati. Zooals wij hierboven opmerkten, heeft de opname der clausule „dolo malo” in de formula depositi in factum haar redelijken grond, daar immers „in contractu depositi dolus praestatur solus.” Daarentegen heeft de clausule „dolo malo” in de formula commodati in factum geen enkele reden van bestaan, omdat hier „et dolus et culpa praestatur.”

Ook *l. 3 § 5, D. XIII, 6*, houdt zulk een reden niet in.

---

Aldus Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in het *Archivio Giuridico*, L II, bl. 479; De Ruggiero, „*Depositum vel commodatum*,” in het *Bulletino dell' Istituto di diritto romano*, XIX, bl. 12; Segrè, *Sull' età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, VI, bl. 355, n. 3.

Verg. Kübler, *Bespreking van Legras' La Table Latine d'Héracle* in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, XXVIII, bl. 412 en 413; Kuntze, *Über den mos civitatis als Receptionscanal des ius gentium neben dem prätorischen Edict*, in het *Kritische Vierteljahrsschrift*, IX, bl. 517 vlg.; Voigt, *Die Lehre vom ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer*, II, bl. 541 vlg..

Ubbelohde, *Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species*, bl. 64, meent daarentegen, dat Scaevola ook de actio commodati in factum niet kende, maar dat zijn opvatting aangaande de aansprakelijkheid van den commodatarius door Ulpianus vermeld, door hem uitgesproken was met betrekking tot het contractus fiduciae, waaruit het contractus commodati zich toen nog niet had losgemaakt. In gelijken zin Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 538, n. 2.

Daartegen Segrè, in het hierboven aangehaalde werk, bl. 355, n. 3, en Ferrini, bl. 480, n. 1.

Ulpianus zegt alleen, dat de eigenaar van den slaaf en de vader niet slechts aansprakelijk zijn voor dolus van den slaaf en den huiszoon, maar ook voor eigen dolus <sup>1)</sup>).

Wat hierboven werd gezegd van l. 5 § 3 D. XIII, 6, geldt ook voor l. 5 § 6, 10 en 11 D. h. t.. De daar vermelde beschouwingen der *veteres* hebben allen betrekking op de vraag, wanneer een zaak als „non reddita” is te beschouwen, dus op de actio in factum <sup>2)</sup>).

Ten aanzien van depositum wordt wel een beroep gedaan op l. 21 § 3 D. XVI, 3, een fragment, dat echter niet over de actio in ius, maar over die in factum handelt <sup>3)</sup>). Daarvoor pleit allereerst haar plaats midden in den commentaar van Ulpianus op de actio in factum. Daarvoor pleit vooral het feit, dat de actio depositi ontbreekt in de *volledige* lijst der actiones famosae van de lex Iulia municipalis <sup>4)</sup>). Deze lijst toch stemt geheel overeen met die van Cicero <sup>5)</sup>). Zou het nu louter toeval zijn, dat noch Cicero, noch de lex Iulia municipalis de actio depositi in ius (ex fide bona) vermeldt?

Het bovenstaande samenvattende, komen wij tot deze slotsom: Cicero's opsommingen van de iudicia bonae fidei zijn, elk op zich zelf beschouwd, onvolledig. Als

<sup>1)</sup> Verg. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, bl. 245 en 285.

<sup>2)</sup> Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in *Archivio Giuridico*, L II, bl. 480.

<sup>3)</sup> Legras, *La Table Latine d'Héraclée*, bl. 306.

<sup>4)</sup> Verg. Ubbelohde, *Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species*, bl. 68; Kübler, *Bespreking van Legras' La Table Latine d'Héraclée*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXVIII, bl. 412; Taubenschlag, *Zur Geschichte des Hinterlegungsvertrages im römischen Recht*, in het *Zeitschr. für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, XXXV, bl. 149, n. 5.

<sup>5)</sup> *Lex Iulia Municipalis*, l. 111.

<sup>6)</sup> Cicero, *Pro Caecina*, § 7.



geheel echter bevatten zij een volledige opgave. Andere iudicia bonae fidei, dan die, welke door hem worden genoemd, bestonden in zijn tijd niet <sup>1)</sup>).

### § 3. Kende Cicero de actio rei uxoriae als bonae fidei actie?

Esmein heeft in de *Nouv. Revue Historique de droit français et étranger* <sup>2)</sup> aannemelijk gemaakt, dat de actio rei uxoriae oorspronkelijk een praetorische actie was, die reeds vóór de lex Aebutia bestond <sup>3)</sup>. Aanvankelijk behoorde zij tot de groep der praetorische actiones in bonum et

<sup>1)</sup> Verg. o. a. Kübler, *Bespreking van Legras' La Table Latine d'Héraclée*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, XXVIII, bl. 412; Esmein, *Un fragment de loi sur la jurisdiction des magistrats municipaux*, in zijn *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, bl. 287: „Le texte contenait une liste complète des actions famosae.”

<sup>2)</sup> XVII, bl. 145-171: *La nature originelle de l'action rei uxoriae*.

Verg. ook reeds Accarias, *Précis de droit romain*, II, bl. 1005, n. 2: „C'est seulement à l'origine que ce caractère (sc. in bonum et aequum concepta) lui (actio rei uxoriae) appartient dans toute sa pureté; le principe d'où il dérivait disparut, laissant toutefois quelques traces et la vérité me paraît être, que l'action rei uxoriae est de bonne foi entre toutes les actions de bonne foi.” (Zie ook bl. 1002, n. 2.)

Dat de actio rei uxoriae als actio in bonum et aequum concepta oorspronkelijk een praetorische actie was, wordt ook aangenomen door Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 969 en 970, n. 1. Alleen wil hij van een ontstaan van de actio rei uxoriae vóór de lex Aebutia niet weten, daar immers, volgens hem, de actiones in factum eerst na de lex Aebutia bestonden. (Verg. over de leer van Girard, hierboven hoofdst. II, bl. 115 vlg.) Verg. nog Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, in *Holtzendorff's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, I, bl. 514.

<sup>3)</sup> Verg. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Diokletian*, I, bl. 53, n. 31; Partsch, *Bespreking van Lenel's Edictum Perpetuum* 2e dr., in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXXI, bl. 420; Thomas, *Observations sur les actions in bonum et aequum conceptae*, in de *Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XXV, bl. 545 vlg..

aequum conceptae. Later is zij dan in het ius civile opgenomen en gerangschikt onder de iudicia bonae fidei. Wanneer die overgang uit het ius praetorium in het ius civile heeft plaats gegrepen, valt niet met zekerheid aan te wijzen. In ieder geval vóór Gaius, daar deze jurist de actio rei uxoriae in zijn catalogus als iudicium bonae fidei d. i. als actio civilis vermeldt <sup>1)</sup>.

Wij zijn geneigd aan te nemen, dat bedoelde overgang vroegtijdig is geschied. Want reeds Cicero kende de actio rei uxoriae zonder twijfel als actio civilis en dan nader, volgens onze meening, als bonae fidei iudicium.

Het tegendeel wordt wel beweerd met een beroep op het feit, dat in de opsommingen der iudicia bonae fidei door Cicero de actio rei uxoriae wel in verband gebracht wordt met, doch nergens gerekend wordt tot de iudicia bonae fidei <sup>2)</sup>. Veeleer zou Cicero een strenge scheiding maken tusschen de iudicia bonae fidei eenerzijds en de actio rei uxoriae anderzijds. Duidelijk zou dit blijken uit *De Officiis*, III, 15, § 61:

Atque iste dolus malus et legibuserat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoria et sine lege iudiciis in quibus adderetur ex fide bona. Reliquorum autem iudiciorum haec verba maxime excellunt, in arbitrio rei uxoriae melius aequius etc..

O.i. wettigen Cicero's woorden een dergelijke gevolgtrekking niet. Cicero onderscheidt hier de iudicia, die in de formula de woorden ex fide bona hebben van de

---

<sup>1)</sup> Verg. Thomas, in het in de vorige noot geciteerde werk, bl. 546 vlg.; Esmein, in het op bl. 142 noot 1 geciteerde werk, bl. 168 vlg..

<sup>2)</sup> Verg. o.a. Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 969, n. 3 en 1036, n. 4.



actio rei uxoriae, die in de formula de woorden aequius melius heeft. Dit onderscheid is slechts een onderscheid in den vorm, niet in het wezen. Aequius melius of aequius et melius is een comparatief van aequum et bonum, dat vaak synoniem wordt gebruikt met bona fides<sup>1)</sup>.

Dat Cicero inderdaad de actio rei uxoriae naar haar aard op één lijn stelt met de iudicia bonae fidei, — daarvoor hebben wij in *Topica* 17, § 16 een goed bewijs:

Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum, qui negotia aliena curasset, ei, cuius ea negotia fuissent; quid eum, qui mandasset, eumve, cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret; quid virum uxori, quid uxorem viro, tradiderunt.

Cicero geeft hier opnieuw een — zij het dan ook onvolledige — opsomming der iudicia bonae fidei. Met de actio pro socio, negotiorum gestorum, mandati noemt hij de actio rei uxoriae in één adem. Die actio rei uxoriae is volgens hem een actio civilis. Immers de rechter heeft tot taak vast te stellen: quid virum uxori, quid uxorem viro, alterum alteri praestare oportet. „Oportere” wijst steeds op een naar civielrecht bestaande verplichting tot praestare. Een intentio met „oportere” is een intentio iuris civilis<sup>2)</sup>.

Voorts heeft volgens Cicero's woorden de rechter

<sup>1)</sup> Verg. b. v. l. 5 pr. D. XLIV, 7 (Gaius, *libror tertio aureorum*): „quibus aequae invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet.” En Gaius, *Instit.* III, § 137: „Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet” etc..

<sup>2)</sup> Verg. hierover Gaius, *Inst.* IV, 45; en Afd. I, bl. 20 van dit proefschrift.

Het „oportere” in de formula der actio rei uxoriae wordt ook bevestigd door Gaius en Paulus, in l. 66 D. XVII, 2; l. 30 § 2 D. XII, 2.

overeenkomstig het aequius et melius te beoordeelen, wat de man aan de vrouw, wat de vrouw aan den man verschuldigd is. Wij hebben hier te doen met de tweezijdigheid, die een wezenlijk kenmerk is van de iudicia bonae fidei<sup>1)</sup>. Cicero zelf wijst daarop in *De Officiis*, III, 17, § 70:

In iis (scil. bonae fidei iudiciis) magni esse iudicis statuere, quid quemque cuique praestare oporteret. En Gaius zegt van de overeenkomsten, die consensu tot stand komen, in *Inst.* III. 137:

Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet.

En van de iudicia bonae fidei in het algemeen, in *Inst.* IV, 61:

In bonae fidei enim iudiciis, cum libera potestas permitti videtur iudici ex aequo et bono aestimandi, quantum actori restitui oporteat, hac in potestate eius continetur, ut habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oportet, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare debeat.<sup>2)</sup>

Zulk een ruime bevoegdheid heeft de rechter bij de actiones in bonum et aequum conceptae niet. Daar is hem alleen toegestaan om naar zijn billijk oordeel de hoogte

---

<sup>1)</sup> Verg. Boëthius, *Commentarium in Ciceronis Topica*, die bij C. 17, § 66 aanteekeent: „Nam si viri culpa divortium factum est, aequius melius est, nihil apud virum remanere, si mulieris, aequius melius est sextans retineri.”

De retentio sextantis wordt hier dus gegrond op het aequius melius der actie.

Zie hierover Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, bl. 221 en Partsch, *Bespreking van Lenel's Edictum Perpetuum*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXXI, bl. 420. Over het tweezijdig karakter der iudicia bonae fidei, zie Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, II, 2e Abt., bl. 630, n. 26.

<sup>2)</sup> Verg. ook nog l. 5 D. XXXIII, 4.



der geldsom, waartoe hij zal veroordeelen, vast te stellen<sup>1)</sup>. Maar deze vrijheid rust niet op de intentio, zooals bij de iudicia bonae fidei. De intentio is een intentio pura; mist een toevoeging, waarop de rechter zijn ruime bevoegdheid zou kunnen doen steunen. Zijn taak is slechts te onderzoeken of hetgeen in de intentio is gesteld, al dan niet waar is. Blijkt het eerste het geval te zijn, dan moet hij veroordeelen; in het andere geval zal hij moeten vrijspreken. *In geval van waarheid der intentio zal hij steeds tot veroordeeling moeten overgaan*<sup>2)</sup>. Alleen de grootte der som, waartoe veroordeeld zal worden, staat ter vrije beoordeeling van den rechter. Grootere vrijheid heeft de rechter bij de praetorische acties niet, kan hij, althans oorspronkelijk, niet hebben. Hierop heeft Thon<sup>3)</sup> bij zijn bestrijding van von Savigny's leer van het vrije karakter der actiones in factum, met groote helderheid gewezen. Gaf de praetor een actio in factum, dan was het noodig, den rechter zoo veel mogelijk aan de formula te binden. Ware dit niet geschied, zou dus de rechter bij zijn beoordeeling naast de formula nog op iets anders hebben kunnen acht slaan,

---

<sup>1)</sup> Verg. Wlassak, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, bl. 162 en 163; Thon, *Zur Lehre von den in factum actiones*, in het *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, II, bl. 254 en 255. In het bijzonder Thomas, *Observations sur les actions in bonum et aequum conceptae* in de *Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XXV, bl. 564 vlg..

<sup>2)</sup> Verg. Thomas, t. a. p., bl. 564, 565 en 564, n. 1, die wijst op het geval, vermeld door Valerius Maximus *Factorum et dictorum memorabilia*, VIII, 2 § 3: „Cum C. Titinius Minturnensis Fanniam uxorem, quam impudicam de industria duxerat, eo crimine repudiatum dote spoliare conaretur, sumptus inter eos iudex, in conspectu habita quaestione, seductum Titinium monuit, ut incepto desisteret ac mulieri dotem redderet. Quod cum saepius frustra fecisset, coactus ab eo sententiam pronunciare, mulierem impudicitiae sestertio nummo, Titinium summa totius dotis condemnavit.”

<sup>3)</sup> T. a. p. bl. 252 vlg..

dan had hij daardoor een bevoegdheid verkregen, die hem in staat had gesteld, aan alle praetorische hervormingen den kop in te drukken. Want welke regels hadden dat moeten zijn? Op het oogenblik, dat de praetor een *actio in factum* geeft, bestaan daarvoor nog geen regels van billijkheid e. a.. Een verwijzen van den rechter naar de *bona fides*, het *aequum et bonum*, zou hier gelijk staan met een zichzelf en de partijen overleveren aan de *willekeur* van den rechter <sup>1)</sup>.

Bij de *iudicia bonae fidei* staat de zaak anders. Daar is de rechter krachtens de *clausule ex fide bona* aan het einde van de *intentio*, niet alleen bevoegd, maar ook verplicht, overeenkomstig het *aequum et bonum* vast te stellen hetgeen partijen elkaar over en weer verschuldigd zijn. Het *aequum et bonum* is niet maar een samenstel van allerlei willekeurige regels <sup>2)</sup>. Integendeel, het omvat al die vaste regels van het verkeer enz., die in het *ius civile* zijn opgenomen. Het is een samenstel van *rechtsregels*. „Das *aequum et bonum* war im Gebiete des *ius civile* Recht geworden, und auf Berücksichtigung eben dieser *Rechtsätze* verwies den Richter die *bonae fidei*-Clausel.” <sup>3)</sup>

Nu is het waar, dat tegen het einde van den klassieken

<sup>1)</sup> Wlassak, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, bl. 160 vlg.; Thomas, in het op bl. 146, n. 1 aangehaalde werk, bl. 566; Thon, in het op bl. 146, n. 1 aangehaalde werk, bl. 255 vlg..

<sup>2)</sup> Verg. hierover Thon, t. a. p., bl. 255: „Nach Willkühr dagegen oder nach ideell gebildeten Normen und Gesetzen zu entscheiden, lag gewisz ausserhalb der Grenze des freiesten officium iudicis; denn eine rechtsbildende Thätigkeit lag dem iudex nicht ob.”

<sup>3)</sup> Aldus Wlassak, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, bl. 161; Verg. Zimmermann, *Kritische Bemerkungen zu Eisele's Schrift über die materielle Grundlage der Exceptio*, bl. 10, n. 4. Birkmeyer, *Die Exceptionen im bonae fidei iudicium*, bl. 97; verg. in het bijzonder § 13.



tijd de tegenstelling tusschen de iudicia bonae fidei en de andere acties (ook de praetorische) veel van haar scherpte verloren heeft. De bevoegdheid van den rechter is dan, ook bij de actiones in factum, een aanzienlijk ruimere geworden. Maar één onderscheid, zegt Wlassak <sup>1)</sup> terecht, is steeds blijven bestaan, nl. dat de regel: exceptio doli iudiciis bonae fidei inest, niet gold voor de actiones in factum. Lenel <sup>2)</sup> heeft ten aanzien der actiones in bonum et aequum conceptae het tegendeel beweerd op grond van het aequius melius in de formula. Deze clausule heeft echter geheel andere beteekenis, dan de clausule ex fide bona bij de iudicia bonae fidei. Bij deze staat zij in de intentio en legt zij den rechter den plicht op, de partij-verhoudingen naar billijkheid te beoordeelen. Bij gene staat zij in de condemnatio en de rechter is daardoor slechts bevoegd de hoogte der geldsom, waartoe zal worden veroordeeld, vast te stellen.

Van de actio iniuriarum, één der actiones in bonum et aequum conceptae, wordt ons dan ook uitdrukkelijk medegedeeld, dat opname der exceptio doli in haar formula noodzakelijk was <sup>3)</sup>. Hiertegen zou men kunnen opmerken, dat ten aanzien van de iudicia bonae fidei toch ook op enkele plaatsen in de bronnen wordt vermeld, dat de excep-

---

<sup>1)</sup> *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, bl. 162, n. 10. Verg. ook Bonfante-Hamburger, *Grundbeginselen van het Romeinsche Recht*, bl. 123.

<sup>2)</sup> *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, bl. 54, n. 1.

<sup>3)</sup> Verg. *l. 17 § 8 D. XLVII, 10* en Cicero, *De Inventione*, II, 20. Verg. voorts Mommsen, *Römisches Strafrecht*, bl. 891, n. 3 en 4; Wlassak, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, bl. 162, n. 10; Thomas, *Observations sur les actions in bonum et aequum conceptae*, in de *Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XXV, bl. 566 en 567. Karlowa, *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, bl. 154/155.

tio doli in de formula was opgenomen <sup>1)</sup>. Dat die tegenwerping juist is, kan niet worden ontkend. Maar Paulus die zulk een geval vermeldt, voegt er nog aan toe: „quod est tutius.” <sup>2)</sup> De gedaagde is een verstandig man, hij loopt liefst geen risico. Het kon eens zijn, dat zijn tegenwerping als defensio *aequitatis* nog niet was erkend, en dat derhalve de rechter daarop geen acht zou kunnen slaan. Daarom brengt hij zijn exceptieve beweringen voor den praetor, in iure, ter sprake, opdat deze door invoeging der clausule: si in ea re nihil doli mali factum sit neque fiat, den rechter voorschrijve daarop acht te geven.

Na hetgeen hierboven gezegd is, zal het duidelijk zijn, dat bij de actiones in bonum et aequum conceptae, degene, die zijnerzijds een vordering heeft op den schuldeischer, zorg moet dragen zijn tegenvordering voor den praetor in iure ter sprake te brengen. De praetor zal dan den rechter gebieden haar geldigheid te onderzoeken en dezen daardoor de gelegenheid schenken de compensatie toe te staan. Wordt het echter door den schuldenaar verzuimd, dan kan hij zijn tegenvordering in iudicio niet meer instellen, want de rechter is aan de formula en aan haar alleen gebonden. M.a.w. *de actiones in bonum et aequum conceptae* missen het tweezijdig karakter karakter der *iudicia bonae fidei*.

---

<sup>1)</sup> Verg. o.a. *L. 4 § 27 D. XLIV, 4; l. 59 § 1 D. XXI, 1; l. 14 § 3 D. X, 3*. Een volledige opsomming van deze gevallen geeft Birkmeijer, *Die Exceptionen im bonae fidei iudicium*, § 28.

<sup>2)</sup> *L. 34 § 1 D. XLIV, 7*: „Si is, cui rem commodavero, eam subriperit, tenebitur quidem et commodati actione et conditione, sed altera actio alteram peremit aut ipso iure aut per exceptionem, quod est tutius.”

Verg. Birkmeyer, in het in de vorige noot aangehaalde werk, § 17 en bl. 140, n. 19; Lenel, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, bl. 84/85.



Keeren wij thans tot ons uitgangspunt terug, dan blijkt ons, dat hetgeen Cicero van de actio rei uxoriae zegt, niet op haar als actio in bonum et aequum concepta toepasselijk kan zijn, maar als iudicium bonae fidei: quid virum uxori, quid uxorem viro praestare oportet<sup>1)</sup>.

Bij deze opvatting past zeer goed het feit, dat Gaius, in zijn opsomming van de iudicia bonae fidei de actio rei uxoriae mede vermeldt, een opsomming, die, naar thans vrijwel door ieder wordt aangenomen, van veel ouderen datum is, dan Gaius' *Instituten* zelf zijn <sup>2)</sup>.

Ook Ulpianus noemt de actio rei uxoriae een bonae fidei actie <sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Uit dit alles blijkt reeds, dat, volgens onze meening, de clausule aequius melius in de intentio thuis behoort en niet, zooals Lenel (*Edictum Perpetuum*, bl. 295/296) wil, in de condemnatio. Ware de intentio inderdaad een intentio pura (een intentio zonder de bedoelde clausule), dan zou de rechter zulk een ruime bevoegdheid niet kunnen hebben. Hij zou dan, ingeval van juistheid van de intentio, tot veroordeeling moeten overgaan, al zou dit in strijd zijn met het aequum et bonum. Een exceptie niet uitdrukkelijk in de formula opgenomen, zou dan de rechter niet meer in aanmerking kunnen nemen. Dit is in strijd met *Fragmenta Vaticana*, 94, waar Paulus (*l. VII Responsorum*) van de exceptio doli bij de actio rei uxoriae zegt: „officio iudicis continetur” En met *l. 21 D. XXIV*, 3, hieronder geciteerd.

Verg. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, bl. 222 en 222, n. 2; Thomas, in het op bl. 148, n. 3 aangehaalde werk, bl. 546 vlg. en 564 vlg.. Verg. nog Kappeyne van de Coppello, *Abhandlungen zum römischen Staats- und Privatrecht*, bl. 304 en 304, n. 1.

<sup>2)</sup> *Inst.* IV, 62.

<sup>3)</sup> Als Gaius in *l. 8 D. IV*, 5 van de actio rei uxoriae zegt: „haec actio in bonum et aequum concepta est”, kan dit m. i. niet anders verklaard worden, dan door aan te nemen, dat Gaius hierbij doelde, of op de woorden aequius melius in de intentio der formula rei uxoriae, aldus de uitdrukking actio in bonum et aequum concepta in niet-technischen zin gebruikend, of op het oorspronkelijk karakter der actio rei uxoriae (evenals b. v. Cicero de iudicia bonae fidei somtijds *sine lege* iudicia noemt, hoewel zij toch actiones civiles waren).

Ulpianus, *l. septimo ad Sabinum* (l. 21 D. XXIV, 3):

Cum enim doli exceptio insit de dote actioni, ut in ceteris bonae fidei iudiciis.

Ulpianus, *l. secundo disputationum* (l. 36 D. XV, 1) spre-  
kende over de actio rei uxoriae:

Nam quod in servo, cui res pignori data est, expressum est, hoc et in ceteris bonae fidei iudiciis accipiendum esse Pomponius scripsit.



### HOOFDSTUK III.

Tweede gedeelte.

## CATALOGUS VAN DE IUDICIA BONAE FIDEI BIJ GAIUS.

---

#### § 1. Inleiding.

Gaius, *Inst.* IV, 62: Sunt autem bonae fidei iudicia haec:  
ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum,  
mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae.

§ 28 *Inst.* IV, 6: Actionum autem quaedam bonae fidei  
sunt, quaedam stricti iuris. Bonae fidei sunt hae: ex  
empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum,  
mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigne-  
raticia, familiae erciscundae, communi dividundo,  
praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur et ea,  
quae ex permutatione competit et hereditatis petitio.  
Quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter  
bonae fidei iudicia connumeranda sit, sive non, nostra  
tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei dispo-  
suit. Fuerat antea et rei uxoriae actio ex bonae fidei  
iudiciis: sed cum pleniorum esse ex stipulatu actionem  
invenientes omne ius, quod res uxoria ante habebat,  
cum multis divisionibus in ex stipulatu actionem,  
quae de dotibus exigendis proponitur, transtulimus

merito rei uxoriae actione sublata ex stipulatu, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sit.

Hebben wij in Gaius, *Inst.* IV, 62 te doen met een volledige opsomming van de iudicia bonae fidei, die in Gaius' tijd bestonden?

Onder de oudere, zoowel als onder de nieuwere Romanisten is men het vrijwel algemeen er over eens, dat deze vraag in ontkennenden zin dient te worden beantwoord<sup>1)</sup>. De gronden, die daarvoor worden aangevoerd, zijn echter verschillend.

Sommigen toch oordeelen, dat de schuld van deze onvolledigheid niet ligt bij Gaius, maar bij den schrijver van het handschrift van Verona. De *Instituten* van Gaius zouden, in hun oorspronkelijke gedaante, een ruimere opsomming van de iudicia bonae fidei hebben bevat, maar een vergissing van den schrijver van den *Codex Veronesus*

<sup>1)</sup> Anders echter Levy, *Zur Lehre von den sogenannten actiones arbitrariae*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch. Rom. Abt.*, XXXVI, bl. 3, Levy acht evenals Segrè c.s. de opsomming der iudicia bonae fidei een, naar de bedoeling van Gaius, alles omvattende. Maar hij ontkent, dat het ontbreken der actiones commodati en pigneraticia zou zijn te verklaren uit het feit, dat Gaius zijn opsomming der iudicia bonae fidei heeft overgenomen van een ouderen schrijver, aan wien die beide acties als iudicia bonae fidei onbekend waren. Volgens hem zijn de actiones commodati en pigneraticia in het klassieke recht nooit bonae fidei iudicia geweest, maar actiones arbitrariae.

<sup>2)</sup> „Voici en quoi consiste cette erreur. Il ya une ligne du manuscrit où se lisent très distinctement les mots *mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae*, puis viennent quelques lettres illisibles.”

Door de nieuwste onderzoekingen van Studemund in 1878 en 1883 is intusschen vast komen staan, dat op *tutelae* volgen de woorden p... u... ae, die de lezing r(ei) u(xori)ae geven, indien men aanneemt, wat zeer goed mogelijk is, dat de p in plaats van de r is gekomen. (Zie Krüger-Studemund, *Collectio librorum iuris anteiustiniani, Supplementa* (van Studemund), bl. XXXIII). A la ligne



zou hebben veroorzaakt het wegvallen van een aantal iudicia bonae fidei, die in het oorspronkelijk exemplaar genoemd waren. Aldus o. a. Krüger, die in zijn *Collectio librorum iuris anteiusinian*<sup>1)</sup> de lijst der iudicia bonae fidei van den *Codex Veronesus* aanvult met de iudicia commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, en communi dividundo.

Anderen daarentegen meenen, dat de hierboven aangehaalde opsomming van de iudicia bonae fidei inderdaad dezelfde is als die, welke oorspronkelijk door Gaius was gegeven. Zij achten het onwaarschijnlijk, dat de iudicia commodati e. a. konden zijn uitgevallen door de vergissing van den schrijver van het handschrift van Verona, vooral wijl de opsomming eindigt met de actio rei uxoriae, die met de clausule aequius melius in haar formula slechts in ruimeren zin tot de iudicia bonae fidei (met de clausule ex fide bona) is te rekenen. „Die Liste schlieszt mit der actio rei uxoriae ab und ist in diesem Umfang von ihrem

---

suivante, on trouve d'abord *dati*, ce qui pourrait bien être la fin du mot *commodati* (maar waarschijnlijk het einde van het woord *mandati*, dat aan *depositi* voorafgaat!), puis reparaissent les mots *depositi*, *fiduciae*, *pro socio*, *tutela*, suivis encore de quelques lettres illisibles. (Volgens Studemund volgen ook hier op *tutela* weer de woorden p...u...ae) Évidemment donc le copiste a écrit deux fois la même chose, et cela fait présumer, qu'il a sauté l'équivalent de ce qu'il ajoutait. (Accarias, *Précis de droit romain*, II, bl. 998, n. 2; verg. ook Huschke, *Gaius*, bl. 172)

<sup>1)</sup> Bl. 172.

In gelijken zin o. a. Accarias, zie de vorige noot, bl. 998 en 998, n. 3. Huschke, *Gaius*, bl. 172/173 (anders weer Huschke, *Iuris prudentia anteiusiniana*, bl. 369). Verg. ook Dernburg, *Geschichte und Theorie der Kompensation*, bl. 47, n. 1.

Van de nieuwere schrijvers o. a. Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano, Serie Seconda, Il processo civile*, II, bl. 44, n. 1; Kübler, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht*, in de *Festgabe für Gierke* (1910); Roby, *Roman private Law in the times of Cicero and of the Antonines*, II, bl. 90 en 90, n. 2.

Autor als erschöpfend erachtet worden." <sup>1)</sup> De oorzaak van het ontbreken der actiones commodati en pigneraticia (volgens sommigen ook der actiones communi dividundo en familiae erciscundae) is volgens hen hierin gelegen, dat Gaius een anderen schrijver heeft gecopieerd, zonder te bedenken, dat het aantal der iudicia bonae fidei inmiddels was uitgebreid <sup>2)</sup>.

Het kan niet worden ontkend, dat deze laatste opvatting een groote mate van waarschijnlijkheid heeft. In den tegenwoordigen tijd toch mag als vaststaande worden aangenomen, dat Gaius voor zijn *Instituten* veel uit een andere bron heeft geput en daarbij tal van malen in gebreke is gebleven, deze stof in overeenstemming te brengen met het recht van zijn tijd.

Het is hier niet de plaats nader in te gaan op de bekende twistvraag, of Gaius het werk van een anderen schrijver eenvoudig heeft omgewerkt, dan wel aan hem slechts het

---

<sup>1)</sup> Aldus Levy, t.a.p., bl. 3. (Over Levy's standpunt verg. hierboven bl. 153, n. 1) Dat Gaius een volledige opsomming bedoelt te geven wordt ook aangenomen door Segrè, *Sull' età dei giudizii di buona fede di comodato e di pegno*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, VI, bl. 333; Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, bl. 134/135; Audibert, *Nouvelle étude sur la formule des actions familiae erciscundae et communi dividundo*, in de *Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XXVIII, bl. 421, n. 1; Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, bl. 144, n. 2; Kübler, *Bespreking van Legras' La Table Latine d'Héraclée*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXVIII, bl. 412. Verg. ook Bontante-Hamburger, *Grundbeginnselen van het Romeinsche Recht*, bl. 123 en 123, n. 1.

<sup>2)</sup> Aldus Segrè, t.a.p., bl. 333 vlg.; De Ruggiero, *„Depositum vel commodatum"* in het *Buletino dell' Istituto di diritto romano*, XIX, bl. 83, n. 1; Lenel, *Der Prätor in der legis actio*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXX, bl. 350 en *Edictum Perpetuum*, bl. 40, n. 2; Kniep, *Praescriptio und Pactum*, bl. 22; Kübler, bij *Pauly Wissowa*, VII, bl. 501.



systeem van zijn *Instituten* heeft ontleend <sup>1)</sup>. Zooveel is zeker, het spreekt trouwens van zelf, dat hij vaak andere schrijvers heeft geraadpleegd. Echter heeft hij van hen dingen overgenomen, waarvan hij vergat, dat zij voor zijn tijd niet meer juist of althans niet meer geheel juist waren. In het bijzonder is hierop gewezen door Ferdinand Kniep, den uitnemenden Gaius'-kenner. In zijn „*Praescriptio und Pactum*” uit hij zich als volgt: „Bei der Berufung auf Gaius dürfen wir nicht ohne Weiteres sagen: das war *schon* der Rechtszustand zu Gaius' Zeiten. Denn was wir vor uns haben, könnten möglicherweise nach-gaianische Glosse sein <sup>2)</sup>. Ebensowenig ist der Schluss ganz sicher: dies war der Rechtszustand *noch* zu Gaius' Zeiten. Das Noch konnte richtig sein für die Zeit des alten Grundstockes, aber nicht für die Zeit des Gaius. *Denn die Instituten des Gaius machen keineswegs den*

<sup>1)</sup> Zeer ver gaat Kniep, die aanneemt, dat Gaius niet alleen het systeem, maar de geheele stof van zijn *Instituten* aan een ouderen schrijver heeft ontleend. (*Praescriptio und Pactum*, bl. 22; verg. ook bl. 17 en 18; *Der Rechtsgelehrte Gaius*, § 25 vlg; *Gaii Institutionum commentarius primus*, Vorwort bl. XIII en XIV; Leonhard, *Institutionen des römischen Rechts*, bl. 111.

Intusschen is dit zeer twijfelachtig. (Verg. Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, bl. 210, n. 57; Kipp, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*, bl. 131, n. 27. In het bijzonder Fehr, *Bespreking van Kniep's Der Rechtsgelehrte Gaius en Gaii Institutionum commentarius primus*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch. Rom. Abt.*, XXXII, bl. 397 vlg. en 398, n. 1.

Dat Gaius echter zijn systeem van een anderen schrijver heeft overgenomen, blijkt wel hieruit, dat commodatum en depositum door hem niet worden behandeld. (verg. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Dikletian*, I, bl. 54, n. 34)

Ook Wlassak neemt aan, dat Gaius een „Vorlage” heeft gebruikt. Echter uit hij zich niet over de kwestie, hoever Gaius daarbij is gegaan. (*Römische Prozessgesetze*, I, bl. 134. Verg. Jörs bij *Pauly-Wissowa*, s. v. *domitius*, bl. 1449)

<sup>2)</sup> Tegen het aannemen van „nachgaianische Glosse” in het bijz. Fehr, t. a. p., bl. 398 vlg.; Krüger t. a. p., bl. 210, n. 57.

*Eindruck als ob das Neue überall gleichmässig nachgetragen wäre."*<sup>1)</sup> So ist nach Gaius, IV, 186 stets summa vadimonii erforderlich, während Celsus, l, 3 Si quis in ius 2, 5 bereits ein Vadimonium ohne summa vadimonii kannte. Die longi temporis praescriptio war dem Gaius schon bekannt, vgl. l. 54 pr. de ev. 21, 2, wird aber in seinen Institutionen mit keiner Silbe erwähnt. Die Caduca lässt Gaius noch ans Aerar fallen, während sie Hadrian bereits dem Fiscus überwiesen hatte. Das Verzeichnis der bonae fidei iudicia bei Gaius, IV, 62, scheint der Zeit zwischen Cicero und Sabinus anzugehören."<sup>2)</sup>

Uit dit standpunt komt men tot een deugdelijke verklaring van Gaius, *Inst.* IV, 62. In het bijzonder wordt het ontbreken der actiones commodati en pigneraticia in den catalogus der iudicia bonae fidei van Gaius hierdoor verklaarbaar<sup>3)</sup>. Den schrijver, aan wien Gaius zijn opsomming van de iudicia bonae fidei heeft ontleend, waren zij niet als iudicia bonae fidei bekend, terwijl daarentegen de actio depositi, die met de twee genoemde acties in nauw verband staat, reeds als bonae fidei actie in het ius civile was opgenomen. Hierin ligt ook de verklaring, dat de actiones commodati en pigneraticia in het Edict van den praetor niet zijn gerangschikt onder de iudicia bonae fidei, maar onder, wat Pernice noemt, de „kondictionen-artige” acties<sup>4)</sup>. Gaius echter kende haar beide als iudicia bonae fidei, evenals de actiones familiae ereiscundae en

<sup>1)</sup> Cursiveering van ons.

<sup>2)</sup> Bl. 22.

<sup>3)</sup> Men heeft het ontbreken dezer acties ook wel willen verklaren, door aan te nemen, dat Gaius niet de bedoeling had een limitatieve opsomming te geven, doch slechts enkele voorbeelden van iudicia bonae fidei wilde noemen.

<sup>4)</sup> Verg. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, bl. 246; Segrè, t.a.p., bl. 355 vlg..



communi dividundo. In de volgende bladzijden willen we dit aantonen.

---

§ 2. De actiones communi dividundo en familiae erciscundae bestonden reeds ten tijde van Gaius als iudicia bonae fidei.

De actiones communi dividundo en familiae erciscundae ontbreken in den catalogus der iudicia bonae fidei van Gaius, daarentegen worden zij door Iustinianus in zijn *Instituten* mede onder de iudicia bonae fidei vermeld.

Van wanneer dateert haar bonae fidei karakter?

Dat het niet samenvalt met haar ontstaan, daarover is men het algemeen eens. „On admet très généralement, qu'a l'origine les actions *familiae erciscundae et communi dividundo* n'étaient pas des *iudicia bonae fidei* et que leur rattachement à cette catégorie d'actions date seulement de l'époque impériale.”<sup>1)</sup>

De actiones familiae erciscundae en communi dividundo bestonden reeds vroegtijdig in het Romeinsche recht. De eerste dankt haar ontstaan aan de *lex XII Tabularum*, de tweede is, ofschoon het tijdstip van haar invoering niet meer kan worden vastgesteld, van ongetwijfeld jongeren datum dan de actio familiae erciscundae<sup>2)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Aldus Audibert, *Nouvelle étude sur la formule des actions familiae erciscundae et communi dividundo*, in de *Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XXVIII, bl. 408.

<sup>2)</sup> Verg. o.a. Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 640 en 640, n. 2; Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, bl. 230; Leist, *Zur Geschichte des römischen Societas*, bl. 22; Trumpler, *Die Geschichte der römischen Gesellschaftsformen*, bl. 3 vlg.; Dernburg-Sokolowsky, *System des römischen Rechts*, I, bl. 332, n. 1; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, bl. 456; Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, bl. 549/550; von Mayr, *Römische Rechtsgeschichte*, I, 2, bl. 53; Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, bl. 1 vlg..

Als iudicia bonae fidei waren deze acties aan Cicero onbekend. De tegenovergestelde opvatting, die, gelijk wij boven zagen, door Arndts en Ubbelohde wordt voorgestaan, mist elken grond. Cicero's opsommingen van de iudicia bonae fidei zijn, in hun samenhang, als volledig te beschouwen. Acties, die door hem in geen enkele van zijn catalogi der iudicia bonae fidei zijn opgenomen, bestonden toen als zoodanig niet<sup>1)</sup>.

Evenmin is juist te achten de meening van die geleerden, welke de erkenning van het bonae fidei karakter der actiones familiae erciscundae en communi dividundo aan Iustinianus toeschrijven<sup>2)</sup>, terwijl tenslotte hetzelfde standpunt dient te worden ingenomen tegenover hen, die het ontstaan van deze acties als iudicia bonae fidei doen plaats grijpen in den tijd der Severi<sup>3)</sup>.

Aannemelijker lijkt ons de opvatting door Lenel in zijn *Edictum Perpetuum*<sup>4)</sup> gehuldigd, dat de actiones familiae erciscundae en communi dividundo reeds in het

<sup>1)</sup> Verg. over deze kwestie hierboven bl. 134 vlg..

<sup>2)</sup> Aldus o. a. Audibert, t. a. p., bl. 412; Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, bl. 183. Verg. ook Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, bl. 108 en 108, n. 1.

<sup>3)</sup> O. a. Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*, II, bl. 513, n. 1; Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 640, n. 3 en 1036, n. 4; Dernburg, *Geschichte und Theorie der Kompensation*, bl. 91 en 91, n. 4; Bonfante-Hamburger, *Grondbeginselen van het Romeinsche recht*, bl. 123.

<sup>4)</sup> § 38.

In gelijken zin o. a. Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius* bl. 134/135; Berger, t. a. p., bl. 180 vlg; Bekker, t. a. p., bl. 240, n. 6; Roby, *Roman private Law in the times of Cicero and of the Antonines*, I, bl. 288, II, bl. 90 en 90, n. 2 en 135; Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano, Serie Seconda; Il processo civile*, II, bl. 44 vlg. en 44, n. 2; Appleton, *La loi Ex Parte et la IV leçon de Dumoulin à Dôle*, in *Mélanges Fitting*, I, bl. 18, n. 3. Verg. nog Accarias, *Précis de droit romain*, I, bl. 766, n. I en II, bl. 998, n. 3; von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, V, bl. 484.



Edict van Iulianus een plaats hadden gevonden als iudicia bonae fidei.

Het bewijs van deze opvatting ligt o.i. in *l. 24 pr. D. X, 3*, waar Iulianus (*l. 8 Digestorum*) zegt:

Communis servus si ex re alterius dominorum adquisierit, nihilo minus commune id erit, sed is, ex cuius re adquisitum fuerit, communi dividundo iudicio eam summam percipere potest, quia fidei bonae convenit, ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus adquisierit.<sup>1)</sup>

Gepoogd is de bewijzende kracht van dit fragment teniet te doen door de bewering, dat men hier een interpolatie heeft. Dit wordt o.a. door Gradenwitz<sup>2)</sup> betoogd, daar, volgens hem, de bewijsvoering niets anders is dan een herhaling van hetgeen reeds is gezegd.

Hiertegen is terecht door Berger opgemerkt, dat wel degelijk een bewijsvoering wordt geleverd. Ulpianus had kunnen volstaan met te zeggen: quia *id* bonae fidei convenit. Dit doet hij echter niet. Hij omschrijft dat „*id*” nader. Eisch der bona fides is „ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus adquisierit.” „es gebricht durchaus nicht an einer Begründung, und zwar einer wohlfundierten, da sie sich auf das Prinzip der bona fides stützt.”<sup>3)</sup>

Afgedacht hiervan is de mogelijkheid van een interpolatie geheel buitengesloten, daar in *l. 45 D. XLI, 1* door Gaius woordelijk hetzelfde wordt gezegd, als in de

<sup>1)</sup> Verg. ook *l. 4 § 2 D. X, 3* en *l. 14 § 1 D. X, 3*.

<sup>2)</sup> *Interpolationen in den Pandekten*, bl. 108, n. 1. In gelijken zin Audibert, t.a.p., bl. 427. Verg. ook Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 640, n. 3.

<sup>3)</sup> Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, bl. 181.

hierboven geciteerde lex. Waren beide plaatsen overgenomen van denzelfden schrijver, of waren de — volgens Gradenwitz althans — geïnterpoleerde woorden vaste termen der Compilatoren, dan zou misschien een verandering van beide teksten op geheel dezelfde wijze hebben kunnen plaatsvinden. Maar noch het een, noch het ander is het geval. Integendeel, de bedoelde plaatsen zijn afkomstig van juristen, die niet door dezelfde Commissie zijn geëxcerpeerd: de werken van Iulianus behooren tot de Edikts-, die van Gaius tot de Sabinus-klasse.

En de door Gradenwitz en Audibert vermoede interpelatie betreft niet een paar woorden, die door de Compilatoren als vaste uitdrukking werden gebezigd, maar een veertiental. Is het nu mogelijk, dat de eene Commissie een plaats van een jurist geïnterpoleerd heeft met geheel dezelfde en met een gelijk aantal woorden als de andere Commissie het werk van een anderen jurist <sup>1)</sup>?

Lastiger staat de zaak met de *actio familiae erciscundae*. In tegenstelling met de *actio communi dividundo* <sup>2)</sup>, wordt in de *Pandekten* nergens op haar *bonae fidei* karakter gewezen. Eerst Gordianus <sup>3)</sup> noemt haar in den *Codex* als zoodanig. Haar nauwe samenhang echter met de *actio communi dividundo* leidt er o. i. toe aan te nemen, dat de overgang tot *iudicium bonae fidei* bij de eene actie op ongeveer denzelfden tijd moet hebben plaats gevonden, als bij de andere <sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> Verg. Berger, t. a. p., bl. 181/182; Appleton, t. a. p. bl. 18, n. 3; Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, bl. 203, n. 1.

<sup>2)</sup> *L.* 4 § 2 *D.* X, 3; *l.* 14 § 1 *D.* X, 3.

<sup>3)</sup> *L.* 9 *C.* III, 36.

<sup>4)</sup> Verg. Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, bl. 230: „Später müssen beide meist zusammen gegangen sein, und dürften



§ 3. De *actiones commodati* en *pigneraticia* waren aan  
Gaius als *iudicia bonae fidei* bekend.

In zijn catalogus van de *iudicia bonae fidei* noemt Gaius<sup>1)</sup> de *actiones commodati* en *pigneraticia* niet. Daarentegen vinden wij haar in § 28 *Inst.* IV, 6 door Iustinianus als *iudicia bonae fidei* vermeld.

Hoewel men in den laatsten tijd huiverig is den catalogus der *iudicia bonae fidei* bij Gaius aan te vullen door dien bij Iustinianus<sup>2)</sup>, wordt toch bijna zonder uitzondering<sup>3)</sup> het *bonae fidei* karakter van die acties ten tijde van Gaius erkend. Zelfs Gradenwitz<sup>4)</sup>, een der eersten, die tegen een dergelijke aanvulling zijn waar-  
auch etwa um dieselbe Zeit ihre Anerkennung als *bonae fidei actiones* gefunden haben."

Een argument voor deze opvatting ligt waarschijnlijk ook hierin, dat, zooals uit verschillende plaatsen in de *Pandekten* blijkt, de algemeene voorschriften der *actio familiae erciscundae* werden toepasselijk verklaard op de *actio communi dividundo*, en zulks niet alleen in den ouden tijd, maar, zooals Berger betoogt, ook in hun latere ontwikkelingsperiode. „Auch im Laufe der weiteren Entwicklung waren die für die *actio familiae erciscundae* maszgebenden Gesichtspunkte für die Ausgestaltung der *actio communi dividundo* von entscheidenden Einfluss." (Berger, t. a. p., bl. 4, n. 1) Is dit juist, dan is wellicht ook het *bonae fidei* karakter der *actio familiae erciscundae* van ouden datum, dan dat der *actio communi dividundo*, en dus ook minstens aan Iulianus bekend geweest.

Vermeld zij hier nog, dat volgens Arangio-Ruiz, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, bl. 238 en 239, van de drie deelsingsacties alleen de *actio communi dividundo* in het klassieke recht een *bonae fidei* actie was.

<sup>1)</sup> *Inst.* IV, 62.

<sup>2)</sup> Verg. hierboven bl. 47.

<sup>3)</sup> Verg. Partsch, *Bespreking van Lenel's Edictum Perpetuum* (2e dr.), in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.*, Rom. Abt., XXXI, bl. 417: „die Thatsache selbst (n.l. het *bonae fidei* karakter der genoemde acties) bleibt natürlich ausser Zweifel."

<sup>4)</sup> *Interpolationen in den Pandekten*. bl. 108/109. Verg. ook Kübler, bij *Pauly-Wissowa*, s. v. *Gaius*.

schuwende stem liet hooren, aarzelt blijkbaar niet de heerschende leer als juist te erkennen.

Het zou dan ook overbodig zijn op deze kwestie dieper in te gaan, indien niet voor korten tijd een schrijver <sup>1)</sup> ware opgestaan, die niet alleen loochent het bestaan der actiones commodati en pigneraticia in Gaius' tijd, maar zelfs in het geheele klassiek-romeinsche recht.

Volgens hem zijn deze acties als iudicia bonae fidei eerst door Iustinianus erkend. In het klassieke recht bestonden zij vermoedelijk niet als iudicia bonae fidei, maar als actiones arbitrarie.

Wij achten ons niet bevoegd te onderzoeken, of en in hoeverre Levy's beschouwen over de actiones arbitrarie juist zijn <sup>2)</sup>. Zulks zou een afzonderlijke studie vorderen, een studie, waarvoor ons de tijd ontbreekt en die bovendien voor ons doel onnoodig is, wijl over het bonae fidei karakter der actiones commodati en pigneraticia in het klassieke recht gegevens ter beschikking staan, die allen twijfel wegnemen en ook steeds — behalve bij Levy — hebben weggenomen <sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Levy, *Zur Lehre von den sogenannten actiones arbitrarie*, in het *Zeitschrift d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, XXXVI, bl. 1 vlg.. (Thans afzonderlijk uitgegeven bij Böhlau Nachfolger, Weimar)

<sup>2)</sup> Verg. hiervoor echter Lenel, *Zur Lehre von den actiones arbitrarie*, in de *Festgabe für Sohm*; bl. 201 vlg..

<sup>3)</sup> In aanmerking komt niet *l. 3 § 2 D. XIII, 6.* (hierboven bl. 43 geciteerd.) Deze plaats handelt over de actio commodati in factum, die nooit bonae fidei kan zijn. Verg. hierboven bl. 43 vlg., en de daar aangehaalde schrijvers.

Evenmin kan met goed recht een beroep worden gedaan op *l. 38 pr. D. XVII, 2*, waar Paulus (*l. 6 ad Sabinum*) de actio commodati tot de iudicia bonae fidei specialia rekent. Want Sabinus kende zeer waarschijnlijk de actio commodati nog niet als bonae fidei iudicium.

Verg. daarover Segré, t.a.p., bl. 347; de Ruggiero, „*Depositum vel commodatum*”, in *Bulletino dell' Istituto di diritto romano*, XIX, bl. 37.



Zulk een gegeven is volgens onze meening aanwezig in *l. 18 § 4 D. XIII, 6*<sup>1)</sup> Gaius, *l. 9 ad edictum provinciale*:

Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensationis. Sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine iudice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem.

Levy zegt hiervan: „*D. 13, 6, 18, 4*, fiele nur dann ins Gewicht, wenn die Möglichkeit einer Kompensation anders als durch die Klausel „*ex fide bona*“ überhaupt nicht zu erklären wäre. Das eine derartige Klausel *condicio sine qua non* für die Zulässigkeit eines *iudicium contrarium* oder einer *actio contraria* gewesen sei, wird heute wohl kaum noch vertreten.”

Ons wil het voorkomen, dat hij, die onbevooroordeeld vlg. en 84; Peters, *Generelle und spezielle Aktionen*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, XXXII, bl. 184 vlg.

Wat betreft de *actio pigneraticia*, *l. 62 § 3 D. XLVII, 2*, handelde zeer waarschijnlijk oorspronkelijk niet over de *actio pigneraticia*, maar over de *actio fiduciae*. Verg. Segré, t.a.p., bl. 344, n. 2 en Eisele, *Weitere Studien zum Texte der Digesten*, in het *Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, XXXII, bl. 146 vlg.; Levy, t.a.p., bl. 2, n. 4.

<sup>1)</sup> Ten aanzien van *pignus* kan nog worden gewezen op *l. 6 C. IV, 24*: „*Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non poterant, in quibus etiam adgressa latronum est, nullo bonae fidei iudicio praestantur: et ideo creditor pignora, quae huiusmodi causa interierunt, praestare non compellitur nec a petitione debiti submovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem.*”

Ten onrechte meenen Levy (t.a.p., bl. 2, n. 5) en Segré (t.a.p. bl. 348), dat deze plaats oorspronkelijk sprak over de *fiducia*. Anders Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, bl. 247 en Siber, *Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio*, bl. 211.

deze plaats beziet, niet aan den indruk kan ontkomen, dat Gaius hier spreekt over een iudicium bonae fidei.

Gaius toch acht in dezen tekst de actio contraria van belang, omdat het kan gebeuren: „ut iudex pensationis rationem non habeat”. Hij bezigt hier geheel dezelfde zinswending als in zijn *Inst.* IV, 63, waar hij, sprekende over de bevoegdheid des rechters bij deze iudicia, zegt:

Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere.

En waaraan dankt de rechter die groote vrijheid bij de iudicia bonae fidei?

Gaius geeft op die vraag dit antwoord:

quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur.

„Rationem habere” is rekening houden met, wijst op een zekere mate van vrijheid, door den praetor aan den rechter gelaten<sup>1)</sup>. Zulk een vrijheid heeft wel de rechter bij de iudicia bonae fidei: „nec enim aperte formulae verbis praecipitur”, hij is niet uitdrukkelijk door de formula gebonden. De clausule ex fide bona schenkt hem de bevoegdheid en legt hem de taak op, het geval, aan hem voorgelegd, niet alleen te vergelijken met de bewoordingen der formula, maar ook met de regels der bona fides, die een deel van het ius civile uitmaken. Acht hij het in strijd met die regels, de compensatie in het gegeven geval toe te staan, dan kan, dan moet hij haar weigeren.

---

<sup>1)</sup> Verg. *l.* 8 § 2 *D.* III, 5: „Si quocumque modo ratio compensationis habita non est a iudice, potest contrario iudicio agi.”

*L.* 1 § 4 *D.* XXVII, 4: „Quid ergo, si iudex compensationis eius rationem non habuit, an contrario iudicio experiri possit?”

*L.* 5 pr. *D.* XIII, 6: „Si ut certo loco vel tempore reddatur commodatum convenit, officio iudicis inest, ut rationem loci vel temporis habeat.”



De vraag, of de compensatie anders dan door de clausule *ex fide bona* mogelijk is, willen wij hier niet nader behandelen. Dit ééne echter is, volgens onze bescheiden meening, geheel uitgesloten, dat n.l. de rechter bij een *actio commodati* zonder de clausule *ex fide bona* of eenige andere clausule, die hem een bepaalde mate van vrijheid geeft, — bij een actie dus van dit schema:

Quod A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> mensam argenteam commodavit,  
qua de re agitur, quidquid ob eam rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare  
facere oportet, condemna, si non paret, absolve —

zulk een ruime bevoegdheid heeft, dat het hem vrij staat, al of niet de compensatie toe te staan. De formula is toch het richtsnoer voor den rechter. Hij is daaraan onverbiddelijk gebonden <sup>1)</sup>, tenzij de formula zelf hem een zekere vrijheid laat, zooals b.v. bij de *iudicia bonae fidei* door de clausule *ex fide bona*. In de hierboven gestelde formula echter ontbreekt elke clausule, waaraan hij een dergelijke vrijheid zou kunnen ontleenen. Van een „*rationem habere compensationis*” kan geen sprake zijn: Schrijft de praetor hem voor, de compensatie toe te staan, dan moet hij dat doen, al zou de *bona fides* anders eischen, en dit om de eenvoudige reden, dat hij niet naar de *bona fides* verwezen wordt.

Schrijft daarentegen de praetor hem niet voor, daarmee rekening te houden, dan kan hij het niet doen, hoezeer ook misschien een compensatie in het gegeven geval een eisch van het *aequum et bonum* zou zijn.

Bovendien spreekt Gaius hier van de *compensatio ex eadem causa*. Dit ziet op een *contractus l'onae fidei* <sup>2)</sup>,

<sup>1)</sup> Verg. hierboven bl. 27 vlg..

<sup>2)</sup> Verg. Segrè, *Sull' età dei giudizii di buona fede di commodato e di pegno*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, VI, bl. 337.

daar zulk een contract steeds wederkeerig is, hetzij volmaakt wederkeerig (zooals b.v. *emptio*, *locatio*, *societas*), hetzij onvolmaakt wederkeerig (zooals b.v. *commodatum*, *depositum*, *pignus*).

Een andere aanwijzing voor het *bonae fidei* karakter der *actiones commodati* en *pigneraticia* is gelegen in het onloochenbare feit, dat beide acties een dubbele formula hebben: één in *ius* en één in *factum concepta*. Van de *actio commodati* wordt dit door Gaius in *Inst.* IV, 47, van de *actio pigneraticia* door denzelfden jurist in *l.* 18 § 1 *D.* XIII, 6 en door Ulpianus in *l.* 13 pr. *D.* XIII, 7 uitdrukkelijk gezegd <sup>1)</sup>.

Volgens Levy volgt uit het bestaan van een dubbele formula niet, dat die in *ius concepta bonae fidei* is.

O.i. is het bestaan van een formula in *ius concepta*, naast die in *factum concepta* alleen verklaarbaar, als men aanneemt, dat de praetor bij de opname der *actio in factum concepta* in het *ius civile*, daarmee zekere praktische gevolgen wilde doen gepaard gaan. Indien, wat algemeen en waarschijnlijk ook wel door Levy wordt aangenomen, de formula in *factum concepta* de oudste is, waartoe zou dan de praetor een formula *civilis* hebben gegeven, die in geheel dezelfde behoeften voorzag <sup>2)</sup>. Theoretisch moge het verschil maken, of men beschermd wordt door den praetor, dan wel door het *ius civile*. In het eerste geval heeft men geen *recht*; de praetor beschermt, maar zijn bescherming is aan tijd en plaats gebonden. In het tweede

<sup>1)</sup> Verg. Segrè, t. a. p., bl. 338, n. 1, en Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, bl. 247, n. 4.

<sup>2)</sup> Bij sommige acties is de formula in *factum concepta* naast die *ius concepta* blijven voortbestaan (o. a. *depositum*, *commodatum*), bij andere is de formula in *factum concepta* verdwenen (o. a. *mandatum*, *negotiorum gestio*).



geval heeft men een *recht*, niet afhankelijk van dergelijke omstandigheden.

Practisch echter komt het op hetzelfde neer, of men van den praetor, dan wel van de wet bescherming geniet. Vooral sinds de *lex Cornelia* van het jaar 687 p. u. c. bepaalde: „ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent”, behoort een afwijken door den volgenden praetor van het edict van zijn voorganger tot de hooge zeldzaamheden.

Een overgang van praetorische acties in het ius civile zonder eenige practische wijziging is dan ook, naar Wlassak<sup>1)</sup> opmerkt, moeilijk aan te wijzen<sup>2)</sup>. Aan zulk een overname zijn steeds bepaalde practische gevolgen verbonden. Bij de actiones depositi, commodati, pigneraticia, negotiorum gestorum e.a. is het gevolg dit, dat door de invoeging van de clause *ex fide bona* de rechter een veel grootere vrijheid krijgt dan voorheen het geval was. De praetor nam die acties in het ius civile op, omdat hij waarnam een behoefte aan bescherming der regels van het *aequum et bonum*. Een dergelijke bescherming konden immers de oude actiones in *factum* niet verschaffen. De rechter was bij die acties in alle opzichten aan de formula gebonden, moest dit zijn, wilde niet de grootste willekeur in de rechtspraak ontstaan. Thans is hij door de clause *ex fide bona* minder streng aan de formula gebonden. Behalve met de formula, heeft hij voortaan het aan zijn

<sup>1)</sup> *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, § 12.

<sup>2)</sup> Desjardins, de eerste, die gedacht heeft aan den overgang van het ius praetorium in het ius civile bij *commodatum* en *depositum*, legt hierop geen nadruk. De oorzaak daarvan zal wel hierin gezocht moeten worden, dat hij nog staat op het oude, door Thon glansrijk weerlegde, standpunt van het vrije karakter der actiones in *factum*. (*Les deux formules des actions depositi et commodati* in de *Revue Hist. de droit français et étranger*, XIII, bl. 122 vlg.)

onderzoek voorgelegde geval met de regels van het *aequum et bonum* te vergelijken.

Van de *actio depositi* in *ius* wordt dan ook uitdrukkelijk het *bonae fidei* karakter bevestigd <sup>1)</sup>. Waarom zou nu voor *commodatum* en *pignus* een andere opvatting moeten worden gehuldigd, vooral, waar deze contracten zulk een nauwe verwantschap met *depositum* vertoonen en *Gaius*, in *Inst.* IV, 47, sprekende over de *actio depositi in factum* en die in *ius concepta* (*bonae fidei*) zelfs zegt: „*similes etiam commodati formulae sunt.*” <sup>2)</sup> <sup>3)</sup>

Het is waar, in het *Album Iulianum* staan de *actiones commodati* en *pigneraticia* niet onder de rubriek der *iudicia bonae fidei*, maar onder de rubriek „de *rebus creditis*”. Dit is echter volkomen begrijpelijk, indien men aanneemt, dat zij toen nog niet als *iudicia bonae fidei* in het *ius civile* waren opgenomen <sup>4)</sup>. Die opname dateert van lateren tijd. In ieder geval echter had zij ten tijde van *Gaius* reeds plaats gevonden.

<sup>1)</sup> Verg. *Gaius*, *Inst.* IV, 47.

<sup>2)</sup> Verg. *Gaius*, *Inst.* IV, 33 en 59.

<sup>3)</sup> *Levy*, t. a. p., bl. 4, n. 2, teekent hierbij aan: „Die hier bezeugte „Ähnlichkeit” mit der *actio depositi* ist in Ansehung der formula in *ius concepta* kein grössere als in Ansehung der formula in *factum concepta*. Ist der Wegfall des „*dolo malo*” in der letzteren Kommodatsformel mit jener Ähnlichkeit verträglich, so ist es auch das Fehlen des „*ex fide bona*” in der ersteren.”

Dit te weerleggen gaat moeilijk. Wat *Gaius* met de woorden „*similes etiam commodati formulae sunt*” heeft bedoeld, kan niet worden aangetoond. Ik wil daarom slechts tegenover *Levy's* woorden stellen die van *Segrè*: *La similitudine affermata da Gaio da ragione di restringere, anziché di allargare il campo di queste divergenze.*” (t. a. p., bl. 335/336)

<sup>4)</sup> Verg. hierboven bl. 157/158.



#### § 4. Was de *actio praescriptis verbis* een *bonae fidei actio*?

Het is hier niet de plaats nader in te gaan op de bekende twistvraag, of „*actio*” *praescriptis verbis* een klassiek-romeinsche benaming is, dan wel een, die eerst in het *Iustiniaansche* recht ingang vond.

Voldoende zij er op te wijzen, dat eenerzijds vooral door Gradenwitz <sup>1)</sup> is betoogd, dat „*actio*” *praescriptis verbis* slecht Latijn is, een vinding der Compilatoren, anderzijds in het bijzonder door Naber <sup>2)</sup> is staande gehouden, dat ook door de *Classici* somtijds van „*actio*” *praescriptis verbis* wordt gesproken.

Onze taak is na te gaan, of reeds in het klassiek-romeinsche recht de *actio praescriptis verbis* als *bonae fidei iudicium* bestond.

Ten opzichte van de beantwoording van dit vraagstuk

<sup>1)</sup> *Interpolationen in den Pandekten*, bl. 124: „*Agere praescriptis verbis* ist gutes Latein, . . . . *actio praescriptis verbis* ist offenbar schlecht lateinisch.” Op bl. 126: „Diese *actio* gehört den Compilatoren an.”

In gelijken zin o.a. Lenel, in de eerste uitgave van zijn *Edictum Perpetuum*; Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 601; Sohm, *Institutionen des römischen Privatrechts*, bl. 511, n. 7; Heumann—Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, bl. 450; Audibert, *Sur les différents noms de l'action praescriptis verbis*, in *Mélanges Gérardin*, bl. 32 vlg.; Roby, *Roman Private Law in the times of Cicero and of the Antonines*, II, bl. 179, n. 2; van Koschembahr—Lyskowsky, *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, II, bl. 94; Bonfante—Hamburger, *Grondbeginselen van het Romeinsche recht*, bl. 514; Heijmans, *Romeinsch Verbintenrecht*, bl. 95; Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, bl. 502.

<sup>2)</sup> *Observatiunculae de iure romano*, XLVII, bl. 69/70, XLVIII, bl. 79, in *Mnemosyne*, 22. Daarvoor reeds Kniep, *Praescriptio und Pactum*, bl. 72 en 72, n. 22 en 13. Toestemmend Lenel, *Edictum Perpetuum*, (2e dr.), bl. 18, n. 1.

Verg. ook Schlossmann, *Praescriptiones und Praescripta Verba*, bl. 29, n. 1.

geldt het „zooveel hoofden, zooveel zinnen” in de sterkste mate. Zoo rekent Bonfante-Hamburger de actio praescriptis verbis tot de acties, die door Iustinianus tot iudicia bonae fidei zijn bevorderd. Girard daarentegen meent met zekerheid te kunnen aannemen, dat Gaius haar als iudicium bonae fidei kende. Lenel tenslotte gaat iets minder ver, maar acht toch geen reden aanwezig „dem Zeugnis der Institutionen in § 28 de action (4, 6), dass die actio aestimatoria und die Tauschlage bonae fidei gewesen, zu misstrauen.”

Intusschen, met hetzelfde recht als Lenel zegt, dat er geen reden is, het getuigenis der *Instituten* aangaande het bonae fidei karakter der actio praescriptis verbis te wantrouwen, kan o. i. het tegendeel worden volgehouden. Lenel zelf, in navolging van Gradenwitz, oordeelt immers, dat *l. 2 § 2 D. XLIII, 26*:

Itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur, geïnterpoleerd is, hetgeen duidelijk blijkt, indien men haar vergelijkt met *l. 19 § 2 D. XLIII, 26*:

Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti conductione, id est praescriptis verbis.

Blijkbaar hebben de Compilatoren het laatste gedeelte van *l. 2 § 2 D. XLIII, 26* overgenomen van *l. 19 § 2 D. eodem*, en daaraan hun geliefkoosde zinswending „quae ex bona fide oritur” toegevoegd <sup>1)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Verg. hierover o.a. Gradenwitz, t.a.p., bl. 128, vlg.; Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, bl. 292, n. 2; Naber, t.a.p., bl. 79; Audibert, t.a.p., bl. 34, n. 2, 37 en 37, n. 2; Girard, *Manuel de droit romain*, bl. 608, n. 1 en 2; Siber, *Die Passivlegitimation bei der Reivindi-*



L. 1 pr. D. XIX, 3, de andere plaats, die in aanmerking zou kunnen komen als bewijs van het bonae fidei karakter der actio praescriptis verbis en dan ook wel als zoodanig wordt aangevoerd<sup>1)</sup>, bevat, gelijk Naber<sup>2)</sup> op treffende wijze heeft uiteengezet, zulk een tegenspraak, dat aan haar echtheid met recht mag worden getwijfeld. Wij laten hier L. 1 pr. D. XIX, 3 in haar geheel volgen:

Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. Melius itaque visum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigetur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus.

De woorden: „quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem”

---

*catio*, bl. 198; Heumann-Seckel, *Handlexikon* etc., bl. 450; Bonfante—Hamburger, t.a.p., bl. 513, n. 3; Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, bl. 427, n. 6

Verg. in verband hiermee l. 14 § 11 D. XLVII, 2, waar Ulpianus zegt, dat precarium geen actio civilis doet ontstaan: „Is qui precario servum rogaverat subrepto eo potest quaeri an habeat furti actionem. Et cum non est contra eum civilis actio (quia simile donato precarium est) ideoque et interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem.” (zie ook l. 14 D. XLIII, 26) Verg. over deze plaatsen nog Dernburg, *Pandekten*, II, bl. 247, n. 11.

<sup>1)</sup> Verg. b.v. Accarias, *Précis de droit romain*, II, bl. 1005.

<sup>2)</sup> T.a.p., bl. 69/70. Verg. Gradenwitz, t.a.p., bl. 109, 126, 129 Beseler, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, II, bl. 161. Audibert, t.a.p., bl. 39; Bonfante—Hamburger, t.a.p., bl. 123 en 514, n. 3.

zijn in strijd met het voorgaande. Daar toch wordt gezegd: de actio de aestimato wordt gegeven, wanneer het gaat over een aestimatum. Hier echter: de actio de aestimato wordt gegeven, wanneer de aard van de overeenkomst niet vaststaat. Eén van beide slechts is mogelijk. Of de actio de aestimato is een actie, die dient tot handhaving van een bepaalde overeenkomst, en in dat geval zal zij niet kunnen worden aangewend „quotiens de nomine alicuius contractus ambigeretur”. Of van de actio de aestimato kan wel gebruik worden gemaakt „quotiens de nomine alicuius contractus ambigeretur”, doch dan geldt zij natuurlijk niet uitsluitend voor het geval, dat het gaat over een aestimatum, en is niet begrijpelijk, dat zulk een actie, actio *aestimatoria* wordt genoemd, gelijk toch duidelijk uit het opschrift van dezen titel blijkt <sup>1)</sup>. Men kan dan ook niet anders dan het laatste gedeelte van dit fragment aan de Compilatoren toeschrijven. Zij hebben de actio *aestimatoria*, die oorspronkelijk alleen gold in geval van aestimatum, gemaakt tot een actie, die gebruikt werd in alle gevallen, waarin de aard van de overeenkomst niet vaststond.

Andere betrouwbare aanwijzingen <sup>2)</sup> voor het bonae fidei karakter dezer actie ontbreken. Op grond hiervan meenen wij de boven door ons gestelde vraag met een „non liquet”

<sup>1)</sup> Naber, t. a. p., bl. 70, wijst er op, dat ook uit het einde van dit fragment: „Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit”, blijkt, dat de actio *aestimatoria* buiten het geval van aestimatum niet werd aangewend.

<sup>2)</sup> Paulus, *Sententiae*, V, 6 § 10: „Reddito interdicto, actio quam proponatur ex eo, ut quis, quod precario habet, restituat, tamen et civilis actio huius rei, sicut commodati, competit”, is waarschijnlijk een glosse. Daarop is reeds gewezen door Dernburg, *Pandekten*, II, bl. 247, n. 11. Verg. Audibert, t. a. p., bl. 38; Knip, *Praescriptio und Pactum*, bl. 79, vlg..



te moeten beantwoorden. Of is misschien het feit, dat een betrouwbare bewijsplaats voor het bonae fidei karakter der actio praescriptis verbis in het klassieke recht ontbreekt, voldoende grond om de actio praescriptis verbis bonae fidei als Iustiniaansch, in ieder geval als na-klassiek te beschouwen?

---

### § 5. Samenvatting.

In het klassieke recht bestonden de volgende acties als iudicia bonae fidei: de actiones empti venditi, locati conducti, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pigneraticia, commodati, fiduciae, pro socio, tutelae, familiae erciscundae, communi dividundo, rei uxoriae.

Weliswaar noemt Gaius in *Inst.* IV, 62, waar hij een opsomming der iudicia bonae fidei geeft, de actiones commodati, pigneraticia, familiae erciscundae en communi dividundo niet. Dit is echter een gevolg van het feit, dat Gaius die opsomming ontleend heeft aan een ouderen schrijver, in wiens tijd die acties als bonae fidei acties nog niet waren erkend.

Behalve deze noemt Iustinianus in zijn catalogus der iudicia bonae fidei in *Inst.* IV, 6, § 28, de actio praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur et ea, quae ex permutatione competit. Voorts de hereditatis petitio en de actio ex stipulatu tot teruggave der dos.

Wat de actio praescriptis verbis betreft de vraag of bij deze actie in het klassieke recht de regelen der bona fides golden, kan niet met zekerheid beantwoord worden. Dwingende bewijsgronden ontbreken daarvoor. Waarschijnlijk echter is haar het bonae fidei karakter eerst

door Iustinianus geschonken. Daarentegen kan ten opzichte der hereditatis petitio en der actio ex stipulatie met zekerheid worden staande gehouden, dat deze acties in het klassieke recht niet als iudicia bonae fidei bekend waren. De actio ex stipulatu wordt in het klassieke recht beschouwd als het type der iudicia stricta; de hereditatis petitio is een in rem actio, kan hierom geen bonae fidei iudicium zijn, want de iudicia bonae fidei zijn in het klassieke recht steeds actiones in personam. (Verg. Afd. I, bl. 16 vlg., en 46 vlg.)



The first of these is the fact that the  
 the second is the fact that the  
 the third is the fact that the  
 the fourth is the fact that the  
 the fifth is the fact that the  
 the sixth is the fact that the  
 the seventh is the fact that the  
 the eighth is the fact that the  
 the ninth is the fact that the  
 the tenth is the fact that the  
 the eleventh is the fact that the  
 the twelfth is the fact that the  
 the thirteenth is the fact that the  
 the fourteenth is the fact that the  
 the fifteenth is the fact that the  
 the sixteenth is the fact that the  
 the seventeenth is the fact that the  
 the eighteenth is the fact that the  
 the nineteenth is the fact that the  
 the twentieth is the fact that the  
 the twenty-first is the fact that the  
 the twenty-second is the fact that the  
 the twenty-third is the fact that the  
 the twenty-fourth is the fact that the  
 the twenty-fifth is the fact that the  
 the twenty-sixth is the fact that the  
 the twenty-seventh is the fact that the  
 the twenty-eighth is the fact that the  
 the twenty-ninth is the fact that the  
 the thirtieth is the fact that the  
 the thirty-first is the fact that the  
 the thirty-second is the fact that the  
 the thirty-third is the fact that the  
 the thirty-fourth is the fact that the  
 the thirty-fifth is the fact that the  
 the thirty-sixth is the fact that the  
 the thirty-seventh is the fact that the  
 the thirty-eighth is the fact that the  
 the thirty-ninth is the fact that the  
 the fortieth is the fact that the  
 the forty-first is the fact that the  
 the forty-second is the fact that the  
 the forty-third is the fact that the  
 the forty-fourth is the fact that the  
 the forty-fifth is the fact that the  
 the forty-sixth is the fact that the  
 the forty-seventh is the fact that the  
 the forty-eighth is the fact that the  
 the forty-ninth is the fact that the  
 the fiftieth is the fact that the  
 the fifty-first is the fact that the  
 the fifty-second is the fact that the  
 the fifty-third is the fact that the  
 the fifty-fourth is the fact that the  
 the fifty-fifth is the fact that the  
 the fifty-sixth is the fact that the  
 the fifty-seventh is the fact that the  
 the fifty-eighth is the fact that the  
 the fifty-ninth is the fact that the  
 the sixtieth is the fact that the  
 the sixty-first is the fact that the  
 the sixty-second is the fact that the  
 the sixty-third is the fact that the  
 the sixty-fourth is the fact that the  
 the sixty-fifth is the fact that the  
 the sixty-sixth is the fact that the  
 the sixty-seventh is the fact that the  
 the sixty-eighth is the fact that the  
 the sixty-ninth is the fact that the  
 the seventieth is the fact that the  
 the seventy-first is the fact that the  
 the seventy-second is the fact that the  
 the seventy-third is the fact that the  
 the seventy-fourth is the fact that the  
 the seventy-fifth is the fact that the  
 the seventy-sixth is the fact that the  
 the seventy-seventh is the fact that the  
 the seventy-eighth is the fact that the  
 the seventy-ninth is the fact that the  
 the eightieth is the fact that the  
 the eighty-first is the fact that the  
 the eighty-second is the fact that the  
 the eighty-third is the fact that the  
 the eighty-fourth is the fact that the  
 the eighty-fifth is the fact that the  
 the eighty-sixth is the fact that the  
 the eighty-seventh is the fact that the  
 the eighty-eighth is the fact that the  
 the eighty-ninth is the fact that the  
 the ninetieth is the fact that the  
 the ninety-first is the fact that the  
 the ninety-second is the fact that the  
 the ninety-third is the fact that the  
 the ninety-fourth is the fact that the  
 the ninety-fifth is the fact that the  
 the ninety-sixth is the fact that the  
 the ninety-seventh is the fact that the  
 the ninety-eighth is the fact that the  
 the ninety-ninth is the fact that the  
 the hundredth is the fact that the

## LITTERATUURVERZICHT.

---

- Accarias, Précis de droit romain, 4e éd., 2 dl., Paris, 1886—1891.
- Appleton, La loi „ex parte” et la IVe leçon de Dumoulin à Dole, in Mélanges Fitting, I, bl. 3 vlg., Paris, 1908.
- Arangio-Ruiz, Le formule con demonstratio e la loro origine, Cagliari, 1912.
- Arndts, Die Lex Maenia de dote vom Jahr der Stadt Rom 568, in het Zeitschr. für Rechtsgesch., bl. 1 vlg., Weimar, 1868.
- Ipse dolus und quasi-dolus, in het Oesterr. Vierteljahresschrift für Rechts- und Staatswissenschaft, XVII, bl. 179 vlg., Wien, 1866.
- Audibert, Nouvelle étude sur la formule des actions familiae erciscundae et communi dividundo, in de Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger, XXVIII, bl. 272—305, 401—439, 649—697, Paris, 1904.
- Baron, Abhandlungen aus dem römischen Civilprocess, I, Die Conditionen, Berlin, 1887.
- Bechmann, Der Kauf nach Gemeinem Recht, I, Geschichte des Kaufs im römischen Recht, Erlangen, 1876.
- Bekker, Bespreking van Die Schriften der römischen Feldmesser van Blume, Lachmann, Rudorff, in het Heidelb. Kritische Zeitschr., I, bl. 418 vlg., Heidelberg, 1853.
- Bespreking van Römer's Das Erlöschen des kläge-



rischen Rechts, in het Heidelb. Kritische Zeitschr., I, bl. 253 vlg., Heidelberg, 1853.

Bespreking van Wlassak's Edict und Klageform, in het Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt., IV, bl. 145 vlg., Weimar, 1883.

Der Legisactionsprozess mit Formeln zur Zeit Ciceros in het Zeitschr. für Rechtsgesch., V, bl. 341 vlg., Weimar, 1866.

Die Aktionen des römischen Privatrechts, 2 dl., Berlin, 1871—1873.

Zur Lehre von den Legisaktionen, in het Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt. XXV, bl. 54 vlg., Weimar, 1904.

Berceanu, La vente consensuelle dans les Comédies de Plaute, Paris, 1907.

Berger, Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht, Weimar, 1912.

Bertolini, Appunti didattici di diritto romano, Serie Seconda, Il processo civile, 2 dl., Torino, 1913—1914.

Beseler, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen, 3 dl., Tübingen, 1910—1913.

von Bethmann-Hollweg, Der römische Civilprozess, 3 dl., Bonn, 1864—1866.

Birkmeyer, Die Exceptionen im bonae fidei iudicium, Erlangen, 1874.

Bonfante, Grondbeginselen van het Romeinsche Recht, bewerkt door Hamburger, Groningen en Den Haag, 1919.

Bonjean, Traité des actions, 2e éd. 2 dl., Paris, 1845.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 4 dl., 2e Aufl., Erlangen und Leipzig, 1873—1892.

Bruck, Fischer, Klingmüller, Leonhard und

- Schot, Hilfsbüchlein für den römischen Zivilprozess zum Gebrauch bei Vorlesung und Studium, Berlin, 1913.
- Bruns, *Fontes iuris romani antiqui*, 7e Aufl., Tübingen, 1909.
- Geschichte und Quellen des römischen Rechts, neu bearbeitet von Lenel, in *Holtzendorff's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, I, bl. 305 vlg., 7e Aufl., München und Leipzig, 1915.
- Busz, *Die Form der Litiscontestatio im klassischen römischen Recht*, Münster, 1907.
- Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*, 2 dl., dl. I, 2e éd., Paris, 1904, dl. II, Paris, 1902.
- Manuel des Institutions juridiques des Romains, Paris, 1917.
- Demelius, *Plautinische Studien*, in *het Zeischr. für Rechtsgesch.*, II, bl. 177 vlg., Weimar, 1863.
- Dernburg, *Bespreking van von Keller's Der römische Civilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung*, in *het Heidelb. Kritische Zeitschr.*, I, bl. 457 vlg., Heidelberg, 1853.
- Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte, 2e Aufl. Heidelberg, 1868.
- Pandekten, 2 dl., 7e Aufl., Berlin, 1902—1903.
- System des römischen Privatrechts, 8e umgearbeitete Aufl. der Pandekten von Sokolowsky, 2 dl., Berlin, 1911—1912.
- Desjardins, *Les deux formules des actions depositi et commodati*, in *de Revue Hist. de droit français et étranger*, XIII, bl. 128 vlg., Paris, 1861.
- Desserteaux, *Le cas de la femme d' Arretium*, in *Mélanges Gérardin*, bl. 181 vlg., Paris, 1907.
- Duquesne, *La translatio iudicii dans la procédure civile romaine*, Paris, 1910.



Eisele, Die materielle Grundlage der Exceptio, Berlin, 1871.

Abhandlungen zum römischen Civilprocess, Freiburg, 1889.

Ermann, Zur Behandlung der Aktionen in den nachklassischen Rechtsbüchern, in *Mélanges Fitting*, II, bl. 583, vlg., Paris, 1908.

Esmein, La nature originelle de l'action rei uxoriae, in *de Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XVII, bl. 145 vlg., Paris, 1893.

Un fragment de loi sur la juridiction des magistrats municipaux, in *Mélanges d' Histoire du droit et de critique*, bl. 270 vlg., Paris, 1886.

Fehr, Bespreking van Kniep's *Der Rechtsgelehrte Gaius en Gai Institutionum Commentarius primus*, in *het Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.*, XXXII, bl. 390 vlg., Weimar, 1911.

Ferrini, Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano, in *het Archivio Giuridico*, LII, bl. 469 vlg., Pisa, 1894.

Gans, *Ueberrömisches Obligationenrecht*, Heidelberg. 1819.

Girard, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, I, Paris, 1901.

La date de la loi Aebutia, in *de Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XXI, bl. 249 vlg., Paris, 1897.

*Manuel élémentaire de droit romain*, 6e éd, Paris, 1918.  
*Mélanges de droit romain*, I, Paris, 1912.

Nouv. observations sur la date de la loi Aebutia, in *het Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt.* XXIX, bl. 113 vlg., Weimar, 1908.

Gradenwitz, Bespreking van Wlassak's *Römische Prozessgesetze*, in *het Zeitschr. d. Sav. Stiftung für*

- Rechtsgesch., Rom. Abt., IX, bl. 184 vlg., Weimar, 1888.
- Interpolationen in den Pandekten, Berlin, 1887.
- Heumann, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9e Aufl. bearbeitet von Seckel, Jena, 1914.
- Huschke, *Analecta Litteraria*, Leipzig, 1825.
- Gaius, Leipzig, 1855.
- Huwelin, *L' arbitrium liti aestimandae et l' origine de la formule*, in *Mélanges Gérardin*, bl. 319, vlg., Paris, 1907.
- Hymans, *Romeinsch Verbintenissenrecht*, Zwolle, 1918.
- v. Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 4 dl., dl. I, 6e Aufl. 1907; dl. II, 1, 5e Aufl. 1894; dl. II, 2, 5e Aufl. 1898; dl. III, 1, 5e Aufl. 1906.
- Jobbé-Duval, *Études sur l'histoire de la procedure civile chez les Romains*, I, Paris, 1896.
- Explication du no. 173 du livre 1 du „de Oratore“ de Ciceron, in *de Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger*, XXIX, bl. 9 vlg., Paris, 1905.
- Jörs *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik I*, Berlin, 1888.
- System und Geschichte des römischen Privatrechts, in *Birkmeijer's Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, bl. 71 vlg., Berlin, 1901.
- Kappeyne van de Coppello, *Abhandlungen zum römischen Staats- und Privatrecht*, Stuttgart, 1885.
- Karlowa, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legislationen*, Berlin, 1872.
- Römische Rechtsgeschichte, 2 dl., Leipzig, 1885—1901.
- von Keller, *Der römische Civilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung*, 6e Aufl. bearbeitet von Wach, Leipzig, 1883.



Kipp, Geschichte der Quellen des römischen Rechts, 3e Aufl., Leipzig 1909.

Kniep, Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare, Jena, 1910.

Gai Institutionum commentarius, 3 dl., Jena, 1911—1914.

Praescriptio und Pactum, Jena, 1891.

Von Koschembahr-Lyskowski, Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht, 2 dl., Weimar, 1903—1907.

H. Krüger, Beiträge zur Lehre von der Exceptio doli, I, Halle, 1892.

Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia, in het Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt., XI, bl. 164 vlg., Weimar, 1890.

P. Krüger (Jr.), Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts, 2e Aufl., Leipzig, 1912.

P. Krüger (Sr.), Prozessualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses, Leipzig, 1864.

Kübler, Bespreking van Legras' La Table Latine d' Héraclée, in het Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt., XXVIII, bl. 409 vlg., Weimar, 1907.

Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht, in de Festgabe für Gierke, 1910.

Kuntze, Cursus des römischen Rechts, 2e Aufl., Leipzig, 1879.

Ueber den mos civitatis als Receptionscanal des ius gentium neben dem prätorischen Edict, in het Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, IX, bl. 503 vlg., München, 1867.

Legras, La Table Latine d' Héraclée, Paris, 1907.

Leist, Zur Geschichte der römischen Societas, Jena, 1881  
 Lenel, Bespreking van Gradenwitz' Interpolationen in  
 den Pandekten, in het Zeitschr. d. Sav. Stiftung für  
 Rechtsgesch., Rom. Abt., IX, bl. 177 vlg., Weimar, 1888.

Das Edictum Perpetuum, 2 Aufl., Leipzig, 1907.

Der Prätor in der legis actio, in het Zeitschr. d.  
 Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt., XXX, bl.  
 329 vlg., Weimar, 1909.

Palingenesia iuris civilis, 2 dl., Leipzig, 1889.

Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen,  
 Heidelberg, 1876.

Zur Lehre von den arbitrariae actiones, in de  
 Festgabe für Sohm, 1910.

Leonhard, Institutionen des römischen Rechts, Leipzig,  
 1894.

Levy, Sponsio, fideiussio, fidepromissio, Berlin, 1907.

Zur Lehre von den sogenannten actiones arbitrariae,  
 in het Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch.,  
 Rom. Abt., XXXVI, bl. 1 vlg., Weimar, 1915.

Longo, Sopra alcune generalizzazioni giustinianee in  
 materia di giudizi di buona fede, in Studi senesi in  
 onore di L. Moriani, I, bl. 192 vlg., Torino, 1906.

May, Éléments de droit romain, 11e éd., Paris, 1918.

Observations sur les actions arbitraires, in Mélanges

Girard, II, bl. 151 vlg., Paris, 1912.

Maynz, Cours de droit romain, II, 2e éd., Bruxelles, 1877.

v. Mayr, Römische Rechtsgeschichte, 7 dl., in Sammlung,  
 Göschen, Leipzig, 1912.

Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf Diokletian, I,  
 Leipzig, 1908.

Mitteis-Wilcken, Grundzüge und Chrestomathie der  
 Papyruskunde, 4 dl., Leipzig-Berlin, 1912.



Mommsen, Gesammelte Schriften, III, Berlin, 1907.

Römisches Strafrecht, Leipzig, 1899.

Naber, De formularum origine, in het Tijdschr. voor Rechtsgeschiedenis, 1ste Jaargang, 2e Afl., bl. 230 vlg., Haarlem, 1919.

Observatiunculæ de iure romano, 47 en 48, in Mnemosyne, XXII, bl. 68 vlg., Leiden, 1894.

Oertmann, Die Fiducia im römischen Privatrecht, Berlin, 1898.

Partsch, Bespreking van Lenel's Edictum Perpetuum, 2e Aufl., in het Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt., XXXI, Weimar, 1910.

Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse, Breslau, 1905.

Pauly-Wissowa, Real Enzyklopädie der Klassischen Altertumswissenschaften.

Pernice, Labeo, 5 dl., Halle, 1873—1900.

Parerga, III, in het Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt., IX, bl. 195 vlg., Weimar, 1888.

Perozzi, Istituzioni di diritto romano, 2 dl., Firenze, 1906—1908.

Peters, Generelle und spezielle Aktionen, in het Zeitschr. für Rechtsgesch., Rom. Abt., XXXII, bl. 179 vlg., Weimar, 1911.

Petit, Traité élémentaire de droit romain, 8e éd., Paris, 1920.

Puchta, Coursus der Institutionen, 10e Afl., bearbeitet von P. Krüger, Leipzig, 1893.

Puntschart, Die Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer, Erlangen, 1872.

Rabel, Bespreking van Wlassak's Der Ursprung der römischen Einrede, in het Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt., XXXII, bl. 412 vlg., Weimar, 1911.

- Grundzüge des römischen Privatrechts, in Holtzendorff's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, I, bl. 399 vlg., München und Leipzig, 1915.
- Roby, Roman private Law in the times of Cicero and of the Antonines, 2 dl., Oxford, 1902.
- de Ruggiero, „Depositum vel commodatum“, in het Bulletino dell' Istituto di diritto romano, XIX, bl. 5 vlg., Roma, 1907.
- von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 5 dl., Berlin, 1841.
- Schlossmann, Praescriptiones und Praescripta Verba, Leipzig, 1907.
- Schmidt, Ueber die legis actio per iudicis postulationem, in het Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt., II, bl. 145 vlg., Weimar, 1863.
- Zum internationalen Rechtsverkehr der Römer, in het Zeitschr. für Rechtsgesch., Rom. Abt., IX, bl. 122, Weimar, 1888.
- Schultze, Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung, I, Freiburg und Tübingen, 1883.
- Segrè, Sull' età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno, in Studi giuridici in onore di Carlo Fadda, VI, bl. 333 vlg., Napoli, 1906.
- Siber, Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio, Leipzig, 1907.
- Sohm, Institutionen des römischen Privatrechts, 15e Aufl., München und Leipzig, 1917.
- Taubenschlag, Zur Geschichte des Hinterlegungsvertrages im römischen Recht, in het Zeitschr. für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, XXXV, bl. 129 vlg., Wien, 1908.
- Thomas, Observations sur les actions in bonum et aequum



conceptae, in de Nouv. Revue Hist. de droit français et étranger, XXV, bl. 541 vlg., Paris, 1901.

Thon, Zur Lehre von den in factum actiones, in het Zeitschr. für Rechtsgesch., II, bl. 239 vlg., Weimar, 1863.

Trumpler, Die Geschichte der römischen Gesellschaftsformen, Berlin, 1906.

Ubbelohde, Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species, Marburg und Leipzig, 1870.

von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 3 dl., Marburg und Leipzig, 1876.

Voigt, Die Lehre von ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer, 4 dl., Leipzig, 1856—1876.

von Wächter, Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrechte, 2 dl., Stuttgart, 1845—1846.

Wenger, Das Recht der Griechen und Römer, in Hinneberg's Kultur der Gegenwart, T. II, Abt. VII, I, bl. 154 vlg., Leipzig en Berlin, 1914.

Zur Lehre von der actio iudicati, Graz, 1901.

Wieding, Der Iustinianeische Libellproces, Wien 1865.

Wlassak, Der Ausschluss der Latiner von der römischen Legisactio, in het Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt., XXVIII, bl. 115 vlg., Weimar, 1907.

Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren, in het Zeitschr. d. Sav. Stiftung für Rechtsgesch., Rom. Abt., XXV. bl. 80 vlg., XXVIII, bl. 1 vlg., Weimar 1904 en 1907.

Der Ursprung der römischen Einrede, in het Zeitschr. für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich, Wien, 1910.

Edict und Klageform, Jena, 1882.

Römische Prozessgesetze, 2 dl., 1888—1891.

Zur Geschichte der Cognitur, Breslau, 1893.

Zur Geschichte der Negotiorum Gestio, Jena, 1879.

Zimmermann, Aechte und unächte Negotiorum Gestio,  
Gieszen, 1873.

Kritische Bemerkungen zu Eisele's Schrift über die  
materielle Grundlage der Exceptio, Gieszen, 1872.

Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechts bis  
auf Iustinian, III, Heidelberg, 1829.







## INHOUDSOPGAVE.

---

	Bldz.
AFDEELING I. Karakter van de iudicia bonae fidei.	
§ 1. Inleiding . . . . .	9
§ 2. De iudicia bonae fidei zijn actiones in personam	15
§ 3. De iudicia bonae fidei zijn actiones civiles .	20
§ 4. De iudicia bonae fidei zijn actiones incertae .	25
§ 5. De iudicia bonae fidei zijn acties, die dienen tot handhaving van verbintenissen, ontstaan ex contractu of quasi-ex contractu . . . . .	26
§ 6. De iudicia bonae fidei hebben een formula met de clausule ex fide bona . . . . .	27
a. De iudicia bonae fidei en de excepties . .	32
b. De iudicia bonae fidei en de pacta adiecta	37
c. De iudicia bonae fidei en de compensatio .	39
Beschouwing over het begrip iudicium bonae fidei (ruime of enge opvatting?). . . . .	41
AFDEELING II. Geschiedenis van de iudicia bonae fidei.	
Inleiding . . . . .	50
HOOFDSTUK I. Lex Aebutia en Praetorisch Recht.	
§ 1. Algemeene opmerkingen . . . . .	56
§ 2. Lex Aebutia en Procedure per formulas . .	60
§ 3. De lex Aebutia en de leges Iuliae regelden de procedure inter cives . . , . .	63



§ 4.	De proceshervorming is door de lex Aebutia en de leges Iuliae tezamen teweeggebracht . . .	67
§ 5.	De lex Aebutia trof een facultatieve regeling, de leges Iuliae troffen een obligatoire . . .	68
§ 6.	De invoering van het formulierenproces door de lex Aebutia . . . . .	80

## HOOFDSTUK II. Oorsprong der iudicia bonae fidei.

§ 1.	Inleiding . . . . .	100
§ 2.	Opvatting van von Keller e.a. . . . .	105
§ 3.	Opvatting van Demelius e.a. . . . .	108
§ 4.	Opvatting van von Ihering, Ubbelohde en de meeste der oudere Romanisten. . . .	112
§ 5.	Opvatting van Girard. . . . .	115
§ 6.	Opvatting van Wlassak en Mitteis . . . .	116
§ 7.	Keus tusschen de opvatting van Wlassak en die van Mitteis . . . . .	121
§ 8.	Samenvatting . . . . .	128

## HOOFDSTUK III. Catalogus der iudicia bonae fidei.

### EERSTE GEDEELTE: Catalogus der iudicia bonae fidei bij Cicero.

§ 1.	Inleiding . . . . .	129
§ 2.	Zijn Cicero's opsommingen van de iudicia bonae fidei volledig?. . . . .	131
§ 3.	Kende Cicero de actio rei uxoriae als bonae fidei actie. . . . .	142

### TWEEDE GEDEELTE: Catalogus der iudicia bonae fidei bij Gaius . . . . .

§ 1.	Inleiding. . . . .	152
------	--------------------	-----

§ 2.	De actiones communi dividundo en familiae erciscundae bestonden reeds ten tijde van Gaius als iudicia bonae fidei . . . . .	158
§ 3.	De actiones commodati en pignoratitia waren aan Gaius als iudicia bonae fidei bekend . .	162
§ 4.	Was de actio praescriptis verbis een bonae fidei actie? . . . . .	170
§ 5.	Samenvatting . . . . .	174
	Litteratuuroverzicht . . . . .	176

#### Verbetering.

Op bl. 129 staat: Hoofdst. III, Eerste gedeelte: Catalogus  
der iudicia bonae fidei. Moet zijn:

Hoofdst. III: Catalogus der iudicia bonae fidei. Eerste  
gedeelte: Catalogus der iudicia bonae fidei bij Cicero.



